Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht

und die

Einrede des nichterfüllten Vertrages

nach dem gemeinen und bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität zu Rostock

vorgelegt von

Arthur Peill
Referendar.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1904.

Litteratur.

André, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Leipzig 1890.

Archiv für die civilistische Praxis

Bd. VII Heidelberg 1824,
„ XIV „ 1831,
„ XVII „ 1834,
„ XVIII „ 1835,
„ XX „ 1837,
„ XXII „ 1839,
„ XXXVII „ 1854.

Arndts, Gesammelte civilistische Schriften I, Stuttgart 1873.

Baron, Pandekten, III. Aufl., Leipzig 1879,

Bechmann, System des Kaufes nach gemeinem Recht, II. Teil 1. Abt., Erlangen 1884.

Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, I. Teil, Erlangen 1876.

E. J. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886.

Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kauf in Jhering's Jahrbüchern für die Dogmatik des

heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Jena 1874, 14. Band 1. Heft.

Bruck, Die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes (1874).

v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, 3. Aufl., Berlin 1899.

Cramer, Retentionsrecht, A. Civ. Pra. 37. Band. Heidelberg 1854.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts,
I. Band, Tübingen-Leipzig 1900,
II. Band, „ „ 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I. Band, III. Aufl.. Jena 1900.

Dernburg, Pandekten, Band II, 3. Aufl., Berlin 1892.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, II. Aufl., Heidelberg 1868.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens.
I. Bd. 2. Aufl., Halle 1902,
II. Bd. 1. u. 2. Aufl., Halle 1899.

Dernburg, Pfandrecht, I. Bd., Leipzig 1860.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
I. Bd. 2. Teil, 3. und 4. Aufl., Berlin 1898,
I. Bd. 3. Teil, 8. Aufl., Berlin 1901.

Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht, 1898.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht I, 2. 2. Auflage, Marburg 1901.

Faselius, Retentionsrecht, 2. Aufl., Halle 1793.

Frese, Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht (Dissertation), Rostock 1902.

Fulda, Das Zurückbehaltungsrecht (Dissertation), Greifswald 1900.

Gerber und v. Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XIV.

Glück, Kommentar über die Pandekten.
Bd. II, 2. Aufl. 1800,
Bd. XV, 1813, Erlangen,
Bd. XVII.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I. Bd. 2, Erlangen 1868.

Groskopff, Zur Lehre vom Rententionsrecht, Oldenburg 1858.

Heerwart, In A. C. Pra. Bd. VII Heidelberg 1824,
Bd. XVIII „ 1835.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 2. Aufl., Berlin 1902.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts,
Bd. I, Aufl. 3, Leipzig 1863,
Bd. III, Leipzig 1864.

Jaroczynski, Retentionsrecht, Berlin (Dissertation).

Katter, Das Zurückbehaltungsrecht nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches (Dissertation), Greifswald 1900.

Kaufmann, Commentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II, Bonn 1900.

v. Keller, Pandekten, Leipzig 1861.

v. Keller, Noch etwas über Exceptiones non impleti und non rite adimpleti contractus im Jahrb. desgemeinen deutschen Rechts, Bd. IV, Leipzig 1860.

Kohler, Recht und Prozess, Grünhut's Zeitschrift (1887).

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Göttingen 1898.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 2, Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd. Berlin 1899.

Landè, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1897.

Lang, Über die Einrede des nicht erfüllten Kontraktes, in Schunck's Jahrb. der juristischen Litteratur, Bd. 17, Erlangen 1831.

Langfeld, die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht, Rostock 1886.

Lenz, Retentionsrecht in Weiske's Rechtslexikon, 9. Bd., Leipzig 1855.

Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen, Braunschweig 1840.

Luden, Retentionsrecht, Leipzig 1839.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1899.

Meisner, Schuldverhältnisse, Breslau 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Berlin 1896

Motive zu dem Entwurfe einer Konkursordnung.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Aufl., Halle 1844.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1899.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Patuschka, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Bürgerlichem Gesetzbuch, Kahla 1903 (Dissertation).

Petersen, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Dissertation) Rostock 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1. und 2. Aufl. II. Bd, Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, Berlin 1897, Bd. II, Berlin 1898.

G. F. Puchta, Pandekten, 6. Aufl., Leipzig 1852.

W. A. Puchta, Im Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts, V. Bd, Leipzig 1861.

Regelsberger in Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 40. Bd., Jena 1898.

Rieger, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Stuttgart 1901 (Dissertation).

Rocktäschel, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Weimar 1901 (Dissertation).

Rosenthal, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl., Graudenz 1901.

Ruhdel, Die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (Dissertation), Leipzig 1903.

Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen II, Berlin 1887.

v. Savygny, Das Recht des Besitzers, 6. Aufl., Giessen 1837.

Schenck, die Lehre vom Retentionsrecht, Jena 1837.

Schenck, A. C. Pra. Bd. XVII, Heidelberg 1834.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, II. Buch, Erlangen 1899.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse I, München 1900.

Schunck's Jahrb. der juristischen Litteratur, Bd. XV—XVIII, Erlangen, 1830, 31, 32.

Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1889.

J. A. Seuffert, Praktisches Pandektenrect, 1. Bd., 3. Aufl., Würzburg 1852.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. II, 2 Aufl., Leipzig 1861.

Sintenis, Pfandrecht, Halle 1837.

Simon, Juristische Monatsschrift für Pohlen und Westpreussen, 1898 Nr. 5.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., München 1901.

Sydow u. Busch, Civilprozessordnung, 9. Aufl., Berlin 1901.

Thon, Die rechtsverfolgende Einrede in Jhering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 28. Bd., Jena 1889.

Treitschke, Im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 22, Heidelberg 1839.

Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, I. Bd., Leipzig 1840.

v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, 6. Aufl. Marburg-Leipzig 1863.

Volmer, Unterschied des kaufmännischen Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechts, Berlin 1895 (Dissertation).

v. Wächter, Pandekten, Teil II, Leipzig 1881.

v. Wilmowski-Levy, Kommentar zur Civil-Prozess-Ordnung, 4. Aufl., Berlin 1886.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd. 7. Aufl., Frankfurt 1891, II. Bd. 8. Aufl. Frankfurt 1900.

Zaun, Beiträge zur Lehre vom Retentionsrechte im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, 4. Bd., Marburg und Leipzig 1857.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1897, Bd. II, Leipzig 1898.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, allg. Teil, Leipzig 1900.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. XVII, Giessen 1842.

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung.

A. Das technische Zurückbehaltungsrecht.

§ 2. I. Begrenzung seines Umfangs.

§ 3. II. Seine Entstehung.

§ 4. III. Seine Voraussetzungen.

1. Der Anspruch des Retentionsgegners.

§ 5. 2. Der Anspruch des Rentinenten.

§ 6. 3. Der Rechtsgrund des Retentionsrechtes.

§ 7. IV. Sein Anwendungsgebiet.

V. Seine Realisierung.

§ 8. 1. Seine materiellrechtlichen Wirkungen.

a) im allgemeinen,

b) gegenüber Dritten,

α) bei Wechsel auf Gläubigerseite,

β) bei Wechsel auf Schuldnerseite,

c) Die Haftung des Retinenten.

§ 9. 2. Seine Geltendmachung und seine Wirkung im Prozess.

a) seine Geltendmachung,

b) seine Wirkung,

c) die Betreibung der Zwangsvollstreckung.

d) die Beweislast.

§ 10. 3. Seine Wirkung im Konkurs.

§ 11. VI. Seine Ausschliessung.
1. durch Parteiabrede,
2. durch gesetzliche Bestimmung.
a) auf Grund bösen Glaubens, und fehlerhaften Besitzes?
b) wegen Gerringfügigkeit des Gegenanspruchs und Teilleistung des Gegners?
c) in gesetzlichen geregelten Einzelfällen.
§ 12. VII. Seine Abwendung.
durch Sichercherheitsleistung,
§ 13. VIII. Seine Beendigung.
1. durch Wegfall der Voraussetzungen,
2. durch Zession der Forderung.
3. durch Verzicht,
4. durch Konkurs.
§ 14. IX. Sein rechtlicher Charakter.
§ 15. B. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.
I. Ihre Voraussetzungen:
Zwei Ansprüche und das Synallagma derselben.
§ 16. II. Ihre Realisierung.
1. im Prozess.
a) eine wahre Einrede oder Leugnen des Klagegrundes?
b) die Beweislast.
α) bei Nichterfüllung.
β) bei nicht gehöriger Erfüllung,
— der sogenannten exceptio

non rite adimpleti contractus des gemeinen Rechts. —
Insbesondere die Frage nach der Existenzberechtigung der letzteren?

§ 17. 2. Ihre materiellrechtlichen Wirkungen.
a) bei Verträgen auf Leistung Zug um Zug.
b) bei Vorleistungspflicht.
α) des Beklagten,
β) des Klägers.
c) bei Verträgen zu Gunsten Dritter.

§ 18. 3. Im Konkurs.

§ 19. III. Ihre Ausschliessung.

§ 20. IV. Ihre Abwendung durch Sicherheitsleistung?

§ 21. V. Ihre Beendigung.

C. Vergleich des technischen Zurückbehaltungsrechtes mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

§ 22. I. Ihre Unterschiede.
1. bezüglich Sicherheitsleistung.
2. bezüglich Teilleistung des Gegners.
3. bezüglich der Klage des Vorleistungspflichtigen bei Annahmeverzug des Gegners.
4. bezüglich des Konkurses.
6. bezüglich der Beweislast.
5. bezüglich des Rechtsgrundes.

§ 23. II. Das rechtliche Verhältnis der beiden Einreden zu einander.

Einleitung.

§ 1.

Man nennt das Retentionsrecht nicht mit Unrecht Schützling der aequitas.[1] An und für sich konnte es ursprünglich keinen Anspruch auf Rechtmässigkeit machen, wohl aber war es ein Ausfluss jener aequitas, welche das Rechtsleben der Römer in so hohem Masse beeinflusste. Das Corpus iuris civilis behandelt an keiner Stelle das Recht in auch nur einigermassen zusammenhängender und erschöpfender Darstellung. Man ist angewiesen, auf einzelne über das ganze Corpus iuris zerstreute Fälle. Aus der grossen Schwierigkeit einer logischen und umfassenden Zusammenstellung erklärt sich die Tatsache, dass in älterer Zeit sich nur äusserst Wenige mit Erfolg an diese Aufgabe herangewagt haben. Zumeist wurde der Stoff in Form von Inaugural-Dissertationen in wenig befriedigender Darstellung behandelt.[2] Der erste, welcher auf diesem Gebiete namhaftes leistete, ist Schenck,[3] indem er zuerst

1) Schenck, Die Lehre von dem Retentionsrechte, Jena 1837, S. VIII.

2) S. Litteratur bei Schenk § III, S. 17 ff.

3) Lehre vom Retentionsrecht, Jena 1837.

den Gegenstand systematisch nach Ursache und Wirkung behandelte. Forscht man nach dem Ursprung des ius retentionis, so stösst man zwar auf Spuren aus der Zeit des älteren römischen Civilrechts, wie die retentionis ex dote in Ulpiani fragmenta tit. 6 §§ 9—17, sowie in fragmenta vaticana §§ 106—108 und 120. Der eigentliche Ursprung ist jedoch in der Praxis des prätorischen Rechts zu suchen,[1] zumal da die meisten Quellenstellen mit dem Begriff der exceptio doli operieren.[2] Die Erteilung dieser generellen exceptio durch den Prätor berechtigt zu der Annahme, dass das Retentionsrecht erst in einer späteren Entwicklungsstufe einen besonderen Exzeptionenschutz genoss. Wie schon erwähnt, findet sich nirgends eine Textesstelle, welche das Institut einheitlich behandelt. Nicht einmal der Name „ius retentionis" oder „ius retinendi" ist der älteren Jurisprudenz bekannt, wenn auch die Worte retentio oder retinere in unzähliger grundverschiedener Anwendung im Corpus iuris sich vorfinden.[3] Gerade das häufige Vorkommen dieser Ausdrücke hat viele gemeinrechtlichen Autoren veranlasst, die fernliegendsten Fälle in den Bereich des Retentionsrechtes zu ziehen.[4] Mit Sicherheit kann das Vorhandensein eines ius retinendi oder retentionis als fester einheitlicher Begriff wohl erst im 17. oder 18. Jahrhundert angenommen werden. Das Verdienst,

1) Schenck a. a. O. S 2.

2) Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht, S. 4.

3) Langfeld a. a. O. S. 2.

4) Schenck a. a. O. § II, S. 12 ff.; Luden, Retentionsrecht, § 2, S. 3 ff.

die gemeinrechtliche Entwicklung des Retentionsrechtes zum Abschluss gebracht zu haben, gebührt Windscheid,[1] welcher den Begriff des Retentionsrechtes folgendermassen fixiert: „er besteht in der „Befugnis, eine Leistung, zu welcher man an und „für sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der „Fordernde seinerseits einem Anspruch, welchen man „gegen ihn erhebt, Genüge leistet."

Von der Verlegenheit, für das bürgerliche Recht eine einwandsfreie Definition suchen zu müssen, befreit uns der Gesetzgeber, indem er dem Begriff des Zurückbehaltungsrechtes in § 273 Gestalt verleiht: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein Anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird."

Der Gang unserer Abhandlung wird sich logischerweise folgendermassen entwickeln: Es werden behandelt die Begrenzung des Umfanges, die Entstehung, sodann die Voraussetzungen, die Geltendmachung und die Wirkungen, die Ausschluss- und Beendigungsgründe und zuletzt der rechtliche Charakter des technischen Zurückbehaltungsrechtes. In ähnlicher Weise wird sich gesondert die Entwicklung der „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" anschliessen und zum Schluss eine Gegenüberstellung der beiden Einreden erfolgen.

1) Windscheid, Pandekten II, § 351, No. 3.

A. Das technische Zurückbehaltungsrecht.

I. Begrenzung seines Umfangs.

§ 2.

Die Methode, gemäss welcher die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller durch Aufzählung und Gruppierung der einzelnen Anwendungsfälle den Umfang des Retentionsrechtes zu begrenzen suchten, erscheint mir verfehlt. Es wird sich vielmehr als praktisch erweisen, diejenigen Fälle auszuscheiden. in welchen zwar etwas retiniert wird, welche jedoch als Ausfluss eines sonstigen Rechtsverhältnisses von dem Retentionsrecht in seiner engeren Bedeutung scharf getrennt werden müssen.

Es kommen in Betracht:

1. Die Fälle eines Zurückbehaltungsrechtes, welches schon integrierender Bestandteil eines andern Rechtes ist und welches über den engen Begriff unseres Rechtes hinausgehend, sehr viel weitgehendere Befugnisse verleiht, so das Pfandrecht, das Recht des Entleihers, Niessbrauchers, Prekaristen, des Kompensationsberechtigten.

2. Die Fälle, in denen der Retinent zu dauernder Retention berechtigt ist, so die retentio ex dote,

retentio ex lege falcidia, das Zurückbehaltungsrecht der Ehefrau aus § 1428[1]. Während in diesem Falle der Ehemann und Erbe die Herausgabe der Dos resp. des vierten Teiles der Erbschaft nur aus dem Grunde zu verweigern berechtigt sind, weil eine Leistungspflicht für sie überhaupt nicht besteht,[1] kann von einem Retentionsrechte im technischen Sinne nur dann die Rede sein, wenn es sich um ein zeitweiliges retinieren handelt.[2] Der falsche Standpunkt der älteren Doktrin, welche in diesen Fällen ein ius retentionis qualificatum von einem ius retentionis simplex unterscheiden wollte,[3] ist deswegen mit Recht von den neueren gemeinrechtlichen Schriftstellern verworfen worden.[4]

3. Der Fall der Vorleistungspflicht seitens des Gegners.

4. Der Fall, dass die Existenz des Gegenanspruchs erst mit der Leistung des Gegners zur Entstehung gelangt, wenn beispielsweise die eine Partei sich zu einer Leistung bereit erklärt unter der Bedingung, dass der Gegner seinerseits etwas leiste.

So entsteht ferner der Anspruch des Pfandschuldners auf Rückgabe der Pfandsache erst im Augenblick der Tilgung der Pfandschuld.[5]

---

1) Langfeld a. a. O. S. 19 § 4.

2) Luden, § 7, S. 24.

3) Faselius, Retentionsrecht § 12; Glück, Komm. Bd. XV, S. 120; Mühlenbruch, Pand., § 136 Anm. 14.

4) Schenk, S. 166, § 52; Luden, S. 25, § 7; Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, S. 25 ff. § 5; Groskopff, S. 85 unten (welcher die Einteilung „ergötzlich" findet).

5) Langfeld § 4, S. 21.

5. Der Fall des § 320, der Einrede des nicht erfüllten Vertrages; derselbe wird in Verbindung mit der exceptio non adimpleti contractus, welche zwar gemeinrechtlich als Unterart des Retentionsrechtes behandelt wird, im zweiten Teil unserer Abhandlung besondere Berücksichtigung finden.

II. Entstehung.

§ 3.

Nach seiner Entstehung lässt sich das Retentionsrecht einteilen 1. in ius retentionis voluntarium, 2. ius retentionis necessarium sive legale.

Ersteres zerfällt, je nachdem es mortis causa oder inter vivos begründet wird, in ius retentionis testamentarium und ius retentionis conventionale.[1]

Den Regelfall bildet im gemeinen und bürgerlichen Recht das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht. In den Quellenstellen findet sich, abgesehen von einer Digestenstelle, l. 30 de pignor. act. 13,7 (Paulus)[2] kein Anhalt für die Annahme eines vertraglichen Retentionsrechtes. Praktisch lässt es sich nur schwer konstruieren, da fast ausnahmslos das Pfandrecht Platz greifen wird, welches den Zweck der Sicherung in weit grösserem Masse erfüllt. Die Annahme eines vertraglichen Retentionsrechtes wird verworfen von Groskopff[3] und Luden,[4] da in solchen Fällen

1) Luden, § 8, S. 26; Schenck, § 46, S. 151.
2) Langfeld, a. a. O. S. 84.
3) Groskopff, S. 83 ff.
4) Luden, S. 27 ff.

nur ein modifiziertes Pfandrecht verhanden sei, „nämlich ein Pfandrecht mit der Beschränkung, das Pfand nicht zu verkaufen und sich auf diese Weise bezahlt zu machen".[1]

Luden und Groskopff gehen in ihrer Ansicht entschieden zu weit, denn denkbar wäre ein vertragliches Retentionsrecht in dem Falle, dass die Bestellung eines Pfandes ausgeschlossen ist, sei es, dass die Sache keinen Verkaufswert besitzt (Urkunde), sei es, dass der Schuldner eine ihm gehörige Sache zu leisten hat[2]. Noch seltener wird jedenfalls in der Praxis ein Retentionsrecht durch Testament begründet werden, wenn auch gegen seine Existenz theoretisch nichts einzuwenden ist. Unser Thema beschränkt sich allein auf das gesetzliche Retentionsrecht.

III. Voraussetzungen.

§ 4.

Aus der in der Einleitung gegebenen Begriffsbestimmung des Zurückbehaltungsrechtes ergeben sich drei Erfordernisse:

1. ein Anspruch des Retentionsgegners,
2. ein Anspruch des Retinenten,
3. ein Rechtsgrund, welcher den Schuldner zur Retinierung seiner Leistung berechtigt.

1. Anspruch des Retentionsgegners.

Worin die Leistung des Schuldners bestehen kann, war von jeher bestritten.

1) Luden, S. 28.

2) Langfeld, S. 85; Schenck, S. 151 ff.; Glück, Komm., Bd. XV, S. 119.

Die ältere gemeinrechtliche Doktrin[1] lässt ein Retentionsrecht nur an Sachen gelten und stellt demzufolge folgende Voraussetzungen auf:[2]

1. ein das ius retentionis erteilender Rechtsgrund,
2. der Besitz,
3. einer Sache,
4. eine Forderung, für welche das Retentionsrecht ausgeübt wird.

Die neuere gemeinrechtliche Lehre[3] teilt hingegen den Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches, indem sie das Retentionsobjekt nicht auf Sachen beschränkt, sondern auf Leistungen jeder Art ausdehnt. Der Anspruch des Rententionsgegners kann nach gemeinem wie bürgerlichem Recht sowohl obligatischer, als auch dinglicher Natur sein. Während es im gemeinen Recht keinem Zweifel unterlag, dass Klagbarkeit, Fälligkeit, rechtliche Begründung des Anspruchs erforderlich sei, herrscht über den Gegenstand, auf welchen die Forderung des Retentionsgegners gerichtet ist, durchaus keine Einigkeit. Nach der Ansicht der älteren Schriftsteller[4] geht der Anspruch des Gegners auf Herausgabe:

1. einer körperlichen Sache, welche
2. dem Gläubiger oder einem Dritten gehört, und

---

1) Schenck, S. 74 ff.; Glück, Komm., Bd. XV, § 936, S. 115; Sintenis, Pfandrecht, § 5, S. 21 ff.; Holzschuher, Zivilrecht § 10, S. 124 ff.; Luden, § 6, S. 18 ff.

2) Schenck, S. 74 ff.

3) Windscheid. Pand. II. § 351, S. 462; Dernburg. Kompensation, S. 370; Goldschmidt, Handelsrecht; § 94, S. 969; Langfeld, § 18, S. 111.

4) Schenck, S. 78 ff.; Holzschuher, Zivilrecht, Bd. I, S. 124; Lenz, Retentionsrecht in Weiske's Rechtslexikon, IX. Bd., S. 384 ff.

3. regelmässig in der Detention oder dem Naturalbesitz des Retinenten steht.

Demnach muss für den Retinenten die Möglichkeit physischer Einwirkung auf die Sache vorhanden sein. Nur wenn dieses Erfordernis gegeben ist, kann ausnahmsweise auf Grund juristischen Interdikten- und Usukapionsbesitzes[1] ein Retentionsrecht ausgeübt werden. Während also Schenck als allgemeine Voraussetzung des Retentionsrechtes die Detention für erforderlich hält, stellt Luden[2] als allgemeines Erfordernis juristischen oder Interdiktenbesitz auf. Nach letzterer Ansicht besässen Verwalter, Entleiher, Mieter überhaupt nicht, sie seien folglich auch nicht Naturalbesitzer und darum müsse ihnen das Retentionsrecht abgesprochen werden.[3]

Diese Theorie wurde von der neuen gemeinrechtlichen Lehre[4] heftig bekämpft und dahin umgeändert, dass es

1. gleichgültig sei, ob man die Sache als Detentor, juristischer Besitzer oder Eigentümer besitze, und dass

2. die Sache sich nicht einmal im Besitze zu befinden brauche und dass

3. Leistungen retiniert werden könnten, an denen Besitz garnicht denkbar sei.

Während also die ältere Doktrin physische Einwirkung auf die Sache seitens des Retinenten ver-

1) Schenck, S. 78.
2) Luden, § 13.
3) Luden, § 13, S. 55 im Gegensatz zu Schenck, S. 78.
4) Dernburg, Kompensation, S. 370; Goldschmidt, Handelsrecht, I, 2, S. 969; Langfeld, S. 111.

langt, muss nach der neueren gemeinrechtlichen Lehre und auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur dem Gläubiger die Möglichkeit genommen sein, beliebig auf die Leistung einzuwirken, d. h. der Gläubiger darf abgesehen von Eigenmacht die Sache nur mit dem Willen des Retinenten in seine Gewalt bekommen können.[1] Abgesehen von den Fällen, in welchen wie gegenüber der rei vindicatio der Besitz ein wesentliches Erfordernis des Retentionsrechtes ist, kann der Besitz nicht als für die Ausübung des Retentionsrechtes erforderlich angesehen werden. Denn wenn jemand beispielsweise durch Stellvertreter besitzt[2] oder eine Summe deponiert hat, welche ihm der Depositar jederzeit zur Verfügung hält[3] oder als Käufer den Kaufpreis retiniert, obschon die Geldstücke noch nicht in seinem Besitze sind[4] oder als Verkäufer eine Sache, welche er von seinem Auktor noch nicht einmal erhalten hat, so kann in allen diesen Fällen das Retentionsrecht in gleicher Weise ausgeübt werden, als wenn man faktisch die Verfügungsgewalt besässe.

Während Grosskopff,[5] Holzschuher,[6] Luden,[7] Lenz[8] soweit gehen, in allen Fällen die Möglichkeit der Retention an eigener Sache zu ver-

---

1) Langfeld, § 18, S. 113.
2) Goldschmidt, Handelsrecht § 94, Anm. 4.
3) Langfeld, S. 112.
4) Goldschmidt, S. 970.
5) Groskopff, S. 99.
6) Holzschuher, S 125, 126.
7) Luden, § 16.
8) Lenz, S. 386 ff.

neinen, und Schenck[1] ein Retentionsrecht an eigener Sache wenigstens in Ausnahmefällen zulassen will so z. B. das Recht des Eigentümers, die Sache dem Niessbraucher bis zur Leistung der cautio usufructuaria vorzuenthalten,[2] sowie das Recht des Wiederverkäufers, das Wiederkaufsobjekt bis zum Empfang des Preises oder der zu vergütenden Aufwendungen zu retinieren,[3] — gelangt die neuere gemeinrechtliche Lehre in Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Recht zu einem entgegengesetzten Ergebnis,[4] indem sie die Ausübung eines Retentionsrechtes an eigener Sache zulässt.

Bezüglich des Retentionsobjektes können nicht nur Sachen, sondern auch Rechte und Handlungen retiniert werden. Die geschuldete Leistung kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch[5] in Übereinstimmung mit der neueren gemeinrechtlichen Lehre[6] nicht nur in der Hingabe von Sachen, sondern auch in der Zahlung von Geldschulden, Begründung oder Aufhebung von Rechten, vorzunehmenden Handlungen bestehend,[7] in letzterem Falle muss allerdings eine Nachholung der Handlung möglich sein, die

1) Schenck, S. 100.

2) Schenck, S. 102.

3) Schenck, S. 101.

4) Goldschmidt § 94, S. 969; Langfeld, § 18, S. 111; schon früher Glück, Bd. XV, S. 115.

5) Crome, BGB. I, § 124, S. 547; Endemann, BGB. I, 3. Th. § 126, S. 711; Matthiass, BGB. § 69, S. 277; Oertmann, Komm. z. BGB., § 273 Anm. 3; Schollmeyer, Komm. z. BGB., S. 89, § 273,

6) Langfeld, S. 111; Goldschmidt, § 94, S. 970; Dernburg, Kompens., S. 370.

7) Schollmeyer, § 273, S. 89.

Verspätung darf nicht die gänzliche Nichterfüllung zur Folge haben.[1] — Erteilung von Unterricht, Vornahme einer Reparatur.[2] — Während es im gemeinen Recht bestritten war, ob die Leistung in einem Unterlassen bestehen könne, lässt sich der Nachweis für das Bürgerliche Gesetzbuch an Hand der Protokolle[3] leicht erbringen, da die zweite Kommission, um etwaige Zweifel an der Zulässigkeit des Retentionsrechtes an Unterlassungen zu beseitigen, das Wort „zurückhalten" in „verweigern" umänderte.[4] Trotz der thoretischen Gültigkeit des Retentionsrechtes an Unterlassungen wird dasselbe in der Praxis sehr oft ausgeschlossen sein. Sind Unterlassungen Gegenstand der Leistung, so äussert sich die Ausübung des Retentionsrechtes in der Vornahme der Handlung. Mit Recht weist Schollmeyer[5] daraufhin, dass nur dann, wenn die Leistung in fortgesetzten Omissivhandlungen besteht, von einem Zurückbehaltungsrecht an Omissivhandlungen gesprochen werden kann.

Vermögenswert des Retentionsobjekts wird im Gegensatz zum Pfandrecht nicht gefordert; es können vielmehr Gegenstände reteniert werden - Andenken, Urkunden, Militärpass — welche nicht den geringsten Vermögens- oder Verkaufswert besitzen, trotzdem aber den Zweck der Retention - den Gläubiger zur

1) Schollmeyer, § 273. S. 89.

2) Oertmann, § 273 Anm. 3; Motive Bd. II, S. 42, § 233.

3) Protokolle Bd. I, S. 312.

4) Dernburg BGB. Bd. II. 1. Abt, § 57, S. 123; Oertmann, § 273 Anm. 3; Schollmeyer, § 273 Anm. 1 b.

5) Schollmeyer S. 89 § 273.

Leistung zu veranlassen — vollkommen erfüllen.[1] Nicht dagegen ist ein Retentionsrecht an res extra commercium zulässig.

2. Anspruch des Retinenten.

§ 5.

Dem Anspruch des Retentionsgegners muss auf Grund der accessorischen Natur des Retentionsrechtes ein Anspruch des Retinenten entgegenstehen. Im gemeinen Rechte war man sich über die Beschaffenheit dieses Anspruchs durchaus nicht einig. Unbestritten war:

Die Forderung muss eine wahre, gesetzlich nicht reprobierte sein.[2]

Nach der Ansicht der neueren gemeinrechtlichen Autoren, sowie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist Liquidität der Forderung nicht erforderlich. Im älteren gemeinen Recht war diese Frage nicht unbestritten. Während die einen[3] erst von dem Zeitpunkte an, wo der Schuldner für die Bezahlung der Schuld, sobald sie liquide sei, Kaution leiste, zur Fortdauer des Retentionsrechtes Liquidität für erforderlich hielten,[4] versagten andere der Kautionsleistung die das Retentionsrecht aufhebende Wirkung stets dann, wenn die Forderung leicht liquide zu machen

1) Langfeld, S. 111; Holzschuher, S. 125; Schenck, S. 97, § 26.

2) Langfeld, S. 114; Schenck, S. 117; Glück, Bd. XV, S. 123 Lenz, S. 388a; Holzschuher, S. 119.

3) S. Schenck, S. 129, § 40, die Darstellung der verschiedenen Ansichten.

4) S. Schenck, S. 128.

sei;[1] wieder andere sind der Ansicht, dass der Richter dem Retinenten eine Präklusivfrist bestimmen müsse, innerhalb welcher die Forderung flüssig zu machen sei.[2]

Glück,[3] Lenz,[4] Schenck,[5] Holzschuher[6] machen das Erfordernis der Liquidität von der gewählten Prozessart abhängig. Während im ordentlichen Prozess Liquidität der Forderung nicht erforderlich sei, könne, falls eine exekutive Prozessart gewählt sei, das Retentionsrecht nur bei liquider Forderung ausgeübt werden. Luden[7] erachtet seinerseits das Erfordernis der Liquidität als unbedingt erforderlich, indem er es für unbillig hält, „dem Eigentümer die Benutzung seiner Sache wegen einer Forderung des Gegners zu entziehen, die sich vielleicht nachher als völlig unbegründet ausweist." Die Ansicht von Schenck und seiner Anhänger wird im wesentlichen auch von der neueren gemeinrechtlichen Lehre[8] vertreten, indem dieselbe Liquidität nur dann für erforderlich hält, wenn die angewendete Prozessart — der Exekutivprozess des gemeinen, der Urkundenprozess des heutigen Rechtes —, sie erfordert, da in diesem Fälle die illiquide Retentionseinrede unberücksichtigt

1) S. Schenck, S. 129.
2) Faselius § 10, S. 34.
3) Glück, Bd. XV, S. 124.
4) Lenz, S. 388.
5) Schenck, S. 130.
6) Holzschuher, I, S. 120, § 10.
7) Luden, § 26, S. 175 ff.
8) Langfeld, S. 117; Goldschmidt, S. 974; Groskopff, S. 90.

bleiben müsste und somit das Retentionsrecht praktisch unausführbar sein würde.

Dass es auf den Inhalt der Forderung nicht ankommt, steht unbestritten fest.[1] Es bedarf dagegen der Prüfung, ob die Forderung bedingt, befristet, gestundet, ob sie mit der Gegenforderung gleichartig, ob sie klaglos sein darf, Im Widerspruch mit Schenck[2] und Holzschuher,[3] welche die Geltendmachung des Retentionsrechtes zwar nicht bei suspensiv bedingten, wohl aber bei betagten Forderungen anerkennen, ohne letzteres allerdings genügend zu begründen, geht die Ansicht von einigen älteren[4] sowie von den neueren gemeinschaftlichen Schriftstellern[5] dahin, dass die Forderung weder bedingt noch befristet noch gestundet sein darf.

Es wäre auch tatsächlich unbillig, wenn dem Schuldner das Recht zustehen sollte, seine Leistung für eine Forderung, welche nicht einmal fällig ist, zu verweigern, besonders da das Retentionsrecht bezweckt, den Gegnern zur Leistung zu zwingen, und dieser Zweck in unserem Falle der Billigkeit widersprechen würde.

Die Frage nach der Gleichartigkeit der Forderungen wird von den älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern nicht entschieden. Während Goldschmidt[6]

1) Langfeld, § 19, S. 114; Schenck, S. 118; Goldschmidt, § 94, S. 972.

2) Schenck, S. 125, 126.

3) Holzschuher, S. 120.

4) Lenz, S. 388; Cramer, Retentionsrecht A. C. Pra., Bd. 37, S. 419 ff.; Luden, § 27, S. 182 ff.

5) Langfeld, S. 117; Goldschmidt, § 94, S. 973.

6) Goldschmidt, S. 974, § 94,

Gleichartigkeit für nicht erforderlich hält, vertritt Dernburg[1] in Übereinstimmung mit Langfeld[2] m. E. richtig folgende Ansicht: „Die blos dilatorische Wirkung der Retention im Gegensatz zu der definitiv erledigenden Kraft der Kompensation bringt es mit sich, dass die erstere sich stets in die letztere umsetzt, wenn die gegenstehenden Ansprüche, die zur Kompensation erforderliche Gleichartigkeit besitzen."

Es wäre widersinnig, zwei Ansprüche in der Schwebe zu halten, welche sich durch die viel einfachere Kompensation sofort aus der Welt schaffen liessen; auch würde sich der Schuldner für sein Verhalten den Vorwurf der Chikane zuziehen, denn „dolo facit, qui petit, quod redditurus est".[3] Im übrigen wird der Fall wohl selten eintreten, da der Schuldner schon an und für sich die Aufrechnung vorziehen wird.

Das Erfordernis der Klagbarkeit wird von der Lehre des gemeinen Rechts grösstenteils nicht verlangt.[4] Allein Luden[5] gewährt ein Retentionsrecht nur wegen einer klagbaren Forderung und sucht dem Einwand, dass sowohl für Naturalobligationen jede Art von Sicherheitsleistung gültig bestellt, als auch eine natürliche Schuld mit einer klagbaren kompensiert werden könne, damit zu begegnen, dass im ersten Falle der Schuldner durch

1) Dernburg, Kompens. S. 370.
2) Langfeld, S. 115.
3) Langfeld, S. 115.
4) Scheuck, S. 118; Glück, Bd. XV, S. 124; Holzschuher § 10, S. 119; Goldschmidt, S. 972 Anm. 14; Langfeld, S. 27 u. 114
5) Luden, S. 88.

die freiwillige Sicherheitsleistung sich rechtlich für gebunden erklärt, während das Retentionsrecht stets gegen den Willen des Schuldners ausgeübt wird, im zweiten Falle angenommen wird, der Schuldner, gegen welchen kompensiert worden ist, habe die Schuld schon bezahlt, während beim Retentionsrecht erst gezahlt werden soll; „wo aber etwas erst geleistet werden soll, da kann von einer natürlichen Verbindlichkeit überhaupt noch keine Rede sein; diese kann erst zur Sprache kommen, nachdem schon etwas geleistet ist."

Die Gründe, welche Luden anführt, sind m. E. nicht stichhaltig, vielmehr ist nach richtiger Meinung[1] zu unterscheiden, ob die Naturalobligation eine derartige ist, dass die Rechtsordnung die Erzwingbarkeit ausdrücklich ausschliessen will oder nicht. Im ersten Falle — Spiel, Ehemäklerlohn — gewährt das Recht nicht einmal eine Einrede; der Retinent würde demnach in fraudem legis handeln, — Retention ist folglich ausgeschlossen. Anders verhält es sich

1. im Falle des Ersatzes von Aufwendungen,
2. im Falle einer verjährten Schuld.

Im ersten Falle wird von einigen[2] das Vorhandensein einer Obligation, selbst einer Naturalobligation geleugnet. „Der Prätor erteilt vielmehr die exceptio doli mit unmittelbarer Rücksicht auf das faktische Verhältnis, um den Besitzer dadurch bei demjenigen zu erhalten, was er noch hatte, ungeachtet es nach den Grundsätzen des Civilrechts

1) S. die S. 28 Anm. 4 Angeführten.
2) Grosskopff, S. 25; Dernburg, Pfandrecht, I, S. 101.

bereits für ihn verloren war." Groskopff erkennt nur dann eine Forderung an, wenn sie entweder durch Klage geschützt ist oder ihr, abgesehen von der Klagbarkeit, alle anderen möglichen Rechtswirkungen zukommen, so die Wirkung der Kompensation. Die richtige von den neueren Autoren[1] vertretene Ansicht geht dahin, dass im vorliegenden Falle eine Forderung anzunehmen ist und zwar eine Naturalobligation. Wenn auch die Quellen eine Kompensationsbefugnis mit dem Anspruch wegen Verwendungen nicht anerkennen, so ist dies für die richtige Beurteilung unseres Falles belanglos, da nach richtiger Ansicht einer Naturalobligation ausser der Klagbarkeit noch andere Wirkungen einer civilis obligatio fehlen dürfen.

Als überzeugendstes Moment lässt sich die im gemeinen Recht allgemein anerkannte Tatsache anführen, dass einmal gezahlter Ersatz von Aufwendungen seitens des Eigentümers weder als Liberalität angesehen werden, noch mit der condictio indebiti auch bei entschuldbarem Irrtum zurückgefordert werden kann.[2]

Was den Fall der Verjährung betrifft, so ist diese im wichtigsten Falle des gemeinen Rechts bei Ersatz von Aufwendungen ausgeschlossen, da es eine Verjährung selbständiger Einreden nicht gibt. In den

1) Langfeld, S. 26; Windscheid, Pand. II, S. 164, § 288 Anm. 4; Dernburg, Pand. II, S. 10, § 4; Sintenis II. § 91; Anm. 75, S. 168.

2) Langfeld. S. 27; Dernburg, Pand. II, § 4; Sintenis, Civilr., II, § 91, Note 75, S. 168.

übrigen Fällen ist mit Windscheid[1] dahin zu entscheiden, dass das persönliche Recht in dem verjährten Anspruche aufgeht, und folglich der Untergang dieses Anspruchs auch den Untergang des zu Grunde liegenden persönlichen Rechts herbeiführt, demnach keine Forderung besteht, für welche etwas zurückbehalten werden könnte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt im allgemeinen die gleichen Erfordernisse wie das gemeine Recht auf.

Dass die Forderung gesetzlich nicht reprobiert sein darf, steht unbestritten fest und bedarf wohl in Anbetracht des überall dem Retentionsrechte zu Grunde liegenden Gedankens von Recht und Billigkeit keiner Begründung.

Da § 273 im allgemeinen Liquidität der Forderung nicht verlangt, so wird dieses Erfordernis nur soweit in Betracht kommen, als die angewandte Prozessart — der Urkundenprozess — Liquidität der Einreden erfordert.[2]

Der Inhalt der Forderung gilt in beiden Rechten als gleichgültig. Dieselbe kann gerichtet sein auf Leistung einer Sache, Bestellung einer Sicherheit, Abgabe einer dispositiven Erklärung — Anspruch auf Anerkennung — oder irgend einer anderen Handlung.[3]

Aus denselben Gründen, welche auch schon für das gemeine Recht entscheidend waren, dürfen Anspruch und Gegenanspruch nicht gleichartig sein, da

---

1) Windscheid a. a. O. S. 317 ff., § 112 (7. Aufl.).
2) Dernburg, BGB., II, § 57, S. 123; Endemann, S. 710, § 126.
3) Langfeld, S. 114.

sonst das Retentionsrecht sich zur Aufrechnung umgestalten wird.[1]

Der Anspruch des Schuldners muss nach § 273 I fällig sein, d. h. weder bedingt noch befristet.

Die Prüfung der Frage, ob der Anspruch des Retinenten Klagbarkeit erfordert, gestaltet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch bedeutend einfacher, da Ersatz von Aufwendungen selbständig einklagbar ist und somit die wichtige Streitfrage des gemeinen Rechts gegenstandslos wird. Während Dernburg[2] und Simon[3] in der Regel Klagbarkeit des Gegenanspruchs für erforderlich halten, ist m. E. die Frage im Einzelfall zu prüfen und dahin zu entscheiden, dass stets dann die Retentionsbefugnis ausgeschlossen ist, wenn das Gesetz der Naturalobligation die Erzwingbarkeit ausdrücklich abspricht.[4] — Spiel, Wette, Ehemäklerlohn.[5] — Desgleichen wäre es unzulässig, Anstandspflichten, deren Erfüllung dem freien Ermessen des Einzelnen obliegt, durch Gewährung des Retentionsrechtes erzwingen zu wollen.[6]

Ob eine verjährte Schuld zur Ausübung des Retentionsrechtes genügt, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch bestritten. Die meisten Schriftsteller übergehen die Frage wegen ihrer Schwierigkeit vollständig. Während Endemann[7] zweifelt, Dern-

1) Dernburg, BGB., II, § 59, S. 127.
2) Dernburg, BGB. II, S. 123, § 57.
3) Simon in jur. Monntsschr. 1898, S. 65 ff.
4) Schollmeyer, S. 90, § 273, 2a; Endemann, S. 712, § 126 Anm. 17.
5) § 656, § 762; Motive II. § 42.
6) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 30 ff.
7) Endemann, S. 712, § 126. Anm. 17.

burg[1] es entschieden bestreitet, tritt Schollmeyer[2] für die Ausübung des Retentionsrechtes ein.

Bei dem Versuche, aus dem Gesetzbuch ein Retentionsrecht auch wegen einer verjährten Forderung zu konstruieren, lässt sich Schollmeyer wohl mehr von dem Gefühle der Billigkeit leiten, als dass er das Gesetzbuch einer genauen Prüfung unterzöge. Es liegt allerdings m. E. kein innerer Grund vor, eine verjährte Forderung, welche das Gesetz unter allen Naturalobligationen mit den stärksten Wirkungen ausstattet,[3] somit in hohem Grade begünstigt, von der Geltendmachung durch Retention auszuschliessen. Wie dagegen Schollmeyer aus § 22 BGB, ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer verjährten Forderung konstruieren will,[4] ist mir nicht erkenntlich. Seine Begründung aus § 390 Satz 1, in welchem die Aufrechnung mit einer verjährten Gegenforderung versagt sei, während sich eine gleiche Vorschrift bezüglich des Zurückbehaltungsrechtes in § 273 nicht finde, spricht anscheinend zu Gunsten seiner Auffassung. Dennoch ergibt sich die Unrichtigkeit seiner Ansicht unbedingt aus den zahlreich im Gesetz erwähnten Einzelbestimmungen,[5] in welchen der Inhaber einer verjährten Forderung die Gegenleistung retinieren und somit einredeweise geltend machen kann. Hätte

---

1) Dernburg, BGB. II, S. 123 Anm. 7.
2) Schollmeyer. S. 90, § 273 2a.
3) § 222 ff.
4) Schollmeyer, S. 90a.
5) §§ 478, 490III, 639I, 821, 853.

der Gesetzgeber allgemein ein Retentionsrecht wegen verjährter Forderungen gewährt, so hätte es dieser Einzelbestimmungen nicht bedurft. Übereinstimmend verlangen die Motive[1] besondere Beilegung des Retentionsrechtes, falls der zunächst fordernde Teil aus dem gegnerischen Anspruch nicht voll haftet,

Die Frage, ob die retinierte Leistung in einem Wertverhältnis zur Grösse der Forderung stehen müsse, wurde von den Lehrern des gemeinen Rechts[2] mit wenigen Ausnahmen[3] verneint. Derselben Ansicht folgt auch das Bürgerliche Gesetzbuch.[4] Der Zweck des Retentionsrechtes ist der auf den Gegner auszuübende Zwang zur Leistung. Dieser Zweck würde jedenfalls dann nicht im vollen Masse erfüllt, wenn man das Retentionsrecht seiner starken Wirkung berauben und dem Retinenten nur die Rückhaltung eines dem Gegenanspruch entsprechenden Teiles der geschuldeten Leistung gestalten wollte.

Dass natürlich eine chikanöse Ausübung des Retentionsrechtes unstatthaft ist, ergibt sich aus dem allgemeinen Chikaneverbot des § 226.

Aus diesen Gründen scheint mir die entgegengesetzte Ansicht der gemeinrechtlichen Schriftsteller sowie von Schollmeyer,[5] welcher den Standpunkt des Preussischen Allgemeinen Landrechts[6]

1) Motive S. 42.

2) Schenck, S. 109; Lenz, S. 399; Luden, § 29, S. 191 ff. Langfeld, S. 115; Sintenis, Pfandr. S. 22; Holzschuher S. 116 oben.

3) Faselius § 8; Goldschmidt § 95 Anm. 20, S. 986.

4) § 273.

5) Schollmeyer § 273 1b, S. 89.

6) ALR. § 552, I, 20.

teilt, verfehlt. Durch analoge Anwendung der Bestimmung des § 320 Abs. 1 bei gegenseitigen Verträgen auf § 273 sowie durch die Berufung auf die Billigkeit, welche die Grundlage des ganzen Retentionsrechtes bilde, sucht Scholl meyer zum Ziele zu gelangen. Dass im besonderen die Berufung auf die Billigkeit zu entgegengesetztem Resultat führt, ist schon oben[1] gezeigt worden.

§ 6.

3. Rechtsgrund des Retentionsrechtes.

Da sich in den Quellen des römischen Rechts keine allgemeine systematische Darstellung des Rententionsrechtes vorfindet, war man in die schwierige Lage versetzt, aus den einzelnen zahlreichen Gesetzesstellen einen allgemein gültigen Rechtsgrund zu finden. Es ist darum nicht zu verwundern, dass die Lösung dieser Aufgabe sehr verschieden ausfiel. Die Ursache für die vielen Versuche eine ein allgemeines Retentionsrecht einschränkende Norm aufzustellen, lag wohl darin, dass das Fehlen einer solchen zu dem unbilligsten Handeln Anlass gab.[2] Denn, nahm man an, dass der Schuldner für seine in absolut keiner Beziehung zu der Forderung des Gläubigers stehende Forderung eine zufällig in seinem Besitz befindliche Sache des Gläubigers zurückhalten dürfe, so war der Unbilligkeit der weiteste Raum gewährt. Dass ein so weitgehendes

1) S. 34.
2) Schenck, S. 132.

Recht des Schuldners in den Gesetzesquellen nicht begründet sein konnte, stand unbestritten fest; nur galt es einen entsprechenden Rechtsgrund zu finden.

Die herrschende Lehre[1] fand denselben in dem Begriff der Konnexität von Forderung und Gegenforderung.

Die gegnerische Lehre[2] hält Konnexität für nicht erforderlich, es soll genügen, wenn bei fehlerfreiem Besitz eine gültige gegen Gefahr zu schützende Forderung existiert. Diese Ansicht wird von Schenck[3] widerlegt, indem er nachweist, dass bei gerechter Zumessung der Billigkeit für beide Teile ein Retentionsrecht nur dann gegeben sein kann, „wenn entweder die Natur der Forderung auf eine Konnexion derselben mit der Sache hinweist" — ursprüngliche Konnexität — oder wenn „der Gesetzgeber oder Beteiligte es für billig betrachten, diese Konnexion positiv zu schaffen" — positive Konnexität.[4]

Ebenso unhaltbar ist die Theorie, welche dann ein Retentionsrecht gewährt, wenn die Billigkeit die gleichzeitige Befriedigung der beiden Ansprüche fordert.[5] Denn erstens bieten die Quellen nicht den

1) Glück, Bd. XV, S. 125; Schenck, S. 133. 150; Mühlenbruch, Pand. § 136; Seuffert, Pand., Bd. I, § 104 Anm. 7; Holzschuher, S. 121; Lenz, S. 389; Arndts, Civil. Schriften, S. 103; v. Wächter, Pand. II, § 181, S. 337; Cramer, S. 320; Baron, Pand., § 76, No. 5; Puchta, Pand., § 94; v. Vangerow, Pand. III, § 618 Anm. 1, IV, S. 386; Dernburg, Kompens., S. 370; Goldschmidt, S. 974 ff.

2) S. die bei Schenck, S. 133 Anm. 2 Genannten. Luden, § 19, S. 94.

3) Schenck §§ 41—45.

4) Schenck, S. 147—150.

5) S. auch bei Langfeld, S. 94.

geringsten Anhaltspunkt für diesen Satz in so allgemeiner Bedeutung,[1] und zweitens ergibt sich aus der Untersuchung der einzelnen Retentionsrechtsfälle, dass „jeder Tatbestand ausser einzelnen gleichgültigen Momenten auch ein besonderes charakteristisches Moment aufweist, welches die Retentionsbefugnis in dem betreffenden Falle rechtfertigt. Dieses charakteristische Merkmal bedarf im einzelnen Falle der Feststellung".

Abgesehen von den älteren Rechtslehrern wird das Erfordernis der Konnexität bestritten von Groskopf,[2] Langfeld,[3] Windscheid,[4] Keller[5] und Sintenis.[6] Die genannten Autoren bestreiten die Möglichkeit, ein allgemeines, sämtliche Retentionsrechtsfälle umfassendes, Prinzip aufzustellen. Vielmehr ist der Begriff der Konnexität zu unbestimmt, um als allgemein gültiger Rechtsgrund dienen zu können. Nur im Einzelfall kann entschieden werden, ob nach den römischen Quellen ein Retentionsrecht gegeben ist. Darüber hinaus ist eine Ausdehnung unstatthaft. Langfeld[7] geht soweit, einem so „allgemeinen und gehaltlosen Begriff" jede theoretische wie praktische Bedeutung abzusprechen und sucht die Gegner vorzüglich in dem Punkte zu fassen, dass sie fast alle verschiedene Konnexitätskategorien auf-

---

1) Langfeld, S. 96.
2) Groskopff, § 7, S. 34.
3) Langfeld, §§ 6—14 S. 108 ff.
4) Windscheid, II, S, 462.
5) Keller, Pand. § 93 a. E.
6) Sintenis, § 91 Anm. 75.
7) Langfeld, S. 103.

stellen und den Begriff „Konnexität“ in oft grundverschiedener Weise definieren. Die Langfeldsche Ansicht entbehrt zwar nicht jeder Berechtigung, da tatsächlich unter den Anhängern des Konnexitätsbegriffes die grösste Uneinigkeit herrscht, und der Begriff als solcher uns in der Erkenntnis des Retentionsrechtes nicht im geringsten fördert. Trotzdem halte ich es nicht für ausgeschlossen, unter den verschiedenen Theorien eine sämtliche Retentionsrechtsfälle umfassende Definition zu finden.

Im Folgenden sei den bekanntesten Vertretern der herrschenden Meinung das Wort gegeben:

Schenck:[1] „Ein Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältnis der Forderung zu der res retinenda“.

Glück:[2] „Die Forderung, wegen deren man eine Sache zurückhalten will, muss mit der Sache selbst in Verbindung stehen“.

Cramer:[3] „Auf beiden Seiten eine aus demselben Rechtsverhältnis entspringende Verbindlichkeit“.

v. Wächter:[4] „— — d. h. einer solchen Forderung, die mit dem herauszugebenden Gegenstand in unmittelbarer Beziehung steht“.

Holzschuher:[5] „Die sachliche Beziehung zur res retinenda“.

1) Schenck, S. 133.
2) Glück, Bd. XV, S. 125.
3) Cramer, S. 320.
4) v. Wächter, II, S. 337.
5) Holzschuher, S. 121.

Dernburg:[1] „Ein Komplex von Rechtsverhältnissen, die eine natürliche Einheit bilden".

Es bedarf wohl keiner Begründung, dass sämtliche bisher angeführten Definitionen viel zu weitgehend und ungenau sind, um den Konnexitätsbegriff auch nur einigermassen scharf zu umgrenzen.

Am erschöpfendsten und richtigsten definiert m. E. Goldschmidt:[2] Die beiden Ansprüche müssen „einen Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, welche nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden".

Mit dieser Definition wird sowohl die oben schon widerlegte Ansicht, dass bei jedem Gegenübertreten von Anspruch und Gegenanspruch ein Retentionsrecht gegeben sei, als auch die Meinung das Retentionsrecht als ein „Ausnahmerecht" auf die in den Gesetzen ausdrücklich erwähnten Fälle beschränken zu müssen, verworfen.[3]

Die Fälle, in denen eine „natürliche" Verbindung zwischen den beiden Ansprüchen besteht, teilt Goldschmidt in drei Kategorien ein, welche im wesentlichen mit der Einteilung des Bürgerlichen Gesetzbuchs[4] übereinstimmen. Es sei daher auf später verwiesen. Wann eine „gewollte" Verbindung besteht, lässt sich nur im Einzelfalle feststellen. Der Parteiwille braucht nicht überall bewiesen zu werden,

---

1) Dernburg, BGB., II, S. 95.
2) Goldschmidt. S. 974.
3) Goldschmidt. § 94, S. 976.
4) § 273.

vielmehr genügt es, falls dieser Wille um deswillen vorausgesetzt werden muss, weil sein Gegenteil gegen Treu und Glauben verstossen würde.[1]

Zu Ungunsten des Konnexitätsbegriffes spricht scheinbar eine Stelle des Corpus iuris, in welcher ausnahmsweise Konnexität von Anspruch nicht gefordert wird. l. un. 6 etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 26 (27).

In dieser Gesetzesstelle wird vom Kaiser Gordian dem Pfandgläubiger das Recht verliehen, auch nach Bezahlung der durch das Pfand gesicherten Forderung, das Pfand zur Befriedigung aller übrigen chirographischen Forderungen gegen den Schuldner zurückzubehalten. Die tiefere Ursache für die Gewährung dieses Retentionsrechtes liegt wohl darin, dass es unnatürlich wäre, wenn der Gläubiger im Falle des Pfandverkaufs besser gestellt sein sollte, indem er den Überschuss gegen seine Forderungen aufrechnen könnte, als im Falle der Rückgabe.

Die Gegner der Konnexität suchen mit Hülfe des pignus Gordianum des Fehlen des Konnexitätserfordernisses im römischen Recht zu begründen. Diese Beweisführung ist jedoch nicht stichhaltig, vielmehr bestätigt es als Ausnahme grade das Erfordernis der Konnexität, da es sonst wohl nicht der ausdrücklichen Konstitution Gordian's bedurft hätte, um dem Pfandgläubiger jenes Recht zu gewähren. Vom Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Institut nicht aufgenommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch räumt mit

1) Goldschmidt, S. 997.

der Fassung des § 273 die meisten gemeinrechtlichen Streitfragen aus dem Wege.

Hier ergibt sich das Erfordernis der Konnexität aus den Worten in Abs. 1: „aus demselben rechtlichen Verhältnis". Wann die beiderseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, kann im Einzelfalle allerdings zu Zweifeln Anlass geben. Nach Planck[1] wird dabei der Gesichtspunkt entscheidend sein müssen, „ob das Verhältnis, auf welchem die beiderseitigen Ansprüche beruhen, nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben als ein einheitliches zu betrachten ist".

Oertmann[2] lässt es bei der Prüfung der Frage, wann Identität des rechtlichen Verhältnisses vorliegt, weniger auf die „formale Einheit", als auf die „Identität des Zweckes" ankommen. „Ist diese vorhanden, so wird auch trotz Mehrheit der begründenden Verträge eine Identität des rechtlichen Verhältnisses vorzunehmen sein; denn dieses ist nicht einfach identisch mit Rechtsverhältnis, sondern dürfte eher als rechtlich geregeltes Lebensverhältnis zu verstehen sein".[3]

Wenn Dernburg, Planck und Oertmann von „einheitlichem Lebensverhältnis" sprechen, so hält Endemann[4] diesen Ausdruck für ungenau und glaubt denselben ersetzen zu müssen durch

1) Planck, Komm. z. BGB., § 273, S. 44; ebenso Dernburg, BGB., II, § 57, 3a, S. 123; RG. Bd. XIV, S. 233.

2) Oertmann, § 273, 1c, a. E. S. 33.

3) Oertmann, § 273, S. 33; RG. Bd. XIV, No. 57, S. 231.

4) Endemann, § 126, S. 710.

„Einheit des Entstehungsgrundes zwischen Schuld und Gegenanspruch". Trotzdem sind Fälle denkbar, in welchen auch bei rechtlich verbundenen Ansprüchen mit Rücksicht auf die Billigkeit ein Retentionsrecht ausgeschlossen sein wird. Endemann will daher mit Recht die Abmessung der Anwendungsfälle dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt wissen, zumal da das Bürgerliche Gesetzbuch auch sonst dem Urteil des Richters den grössten Spielraum gewährt.[1]

§ 7.

IV. Das Anwendungsgebiet.

Im gemeinen Recht ist vielfach eine Gruppierung der Retentionsrechtsfälle nach gewissen Gesichtspunkten versucht worden.[2] Es würde jedoch zu weit führen, die einzelnen Einteilungen aufzuzählen und auf ihre Brauchbarkeit hin zu untersuchen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stützt sich im wesentlichen auf die Goldschmidtsche[3] Einteilung und unterscheidet drei Gruppen von Retentionsrechtsfällen:

1. Wenn der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf welchem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat,[4]

1) Endemann § 126 2 Anm. 7 S. 710.

2) Schenck S. 173; Lenz S. 389; Sintenis S. 191; Holzschuher S. 121; Goldschmidt S. 976.

3) Goldschmidt S. 976.

4) § 273 I.

2. wenn demjenigen, welcher zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand zusteht, [1]

3. — — wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens. [2]

Den wichtigsten Fall der ersten Gruppe bilden die gegenseitigen Verträge. Da sie jedoch in § 320 besonders geregelt werden, und es im höchsten Grade bestritten ist, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages sich überhaupt dem Retentionsrecht unterstellen lässt, so soll dieser Fall vorläufig ausscheiden. [3]

Zu den ersten Gruppen gehören die unvollkommen zweiseitigen Verträge — Auftrag, Leihe, Verwahrungsvertrag — die contractus bilaterales inaequales des römischen Rechts, bei denen die beiderseitigen Ansprüche sich auf denselben Vertrag stützen.

Dasselbe rechtliche Verhältnis liegt vor, wenn auch nicht auf dem Vertrage beruhend, bei Ansprüchen auf Ausstellung einer Quittung, [4] auf Rückgabe des Schuldscheins, [5] auf Ausstellung einer Abtretungsurkunde, [6] ferner bei Ansprüchen aus den sogenannten Quasikontrakten aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, [7] zwischen Vormund und Mündel aus

1) § 273 [2].
2) § 273 [2].
3) s. Teil B.
4) § 368.
5) § 371.
6) § 403.
7) Ebenso § 1978; s. bei Endemann S. 711.

der Führung der Vormundschaft, zwischen den Gemeinschaftern aus dem Gemeinschaftsverhältnis, zwischen Onorierten und Honorierten hinsichtlich des Vermächtnisses.[1]

Ausserdem kämen in Betracht die §§ 304, 670, 798, 800 BGB.[2] Als Besonderheit sei noch erwähnt, dass die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 § 32 Abs. 1[3] dem Rechtsanwalt ein Retentionsrecht an den Handakten bis zum Ersatz der Auslagen und Gebühren gewährt.

In der zweiten Gruppe — § 273 Abs. 2 hebt das Bürgerliche Gesetzbuch den Fall von Verwendungen auf einen herauszugebenden Gegenstand besonders hervor. Dieser Absatz 2 bildet jedoch keine überflüssige Wiederholung der allgemeinen Regeln des Abs. 1, sondern ist speziell für die Fälle bestimmt, in welchen Verwendungs- und Herausgabeanspruch nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

Da unter Gegenstand in § 273 Abs. 2 sowohl Sache als Recht verstanden werden muss, so gehören an diese Stelle die sogenannten selbständigen Gerechtigkeiten[4] (Fähr-, Fischerei-, Schiffsmühlen- selbst Kohlenbaugerechtigkeiten) und das Erbbaurecht. „So qualifiziert es sich z. B. als Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes, wenn ein Erbbaurecht auf

---

1) Schollmeyer S. 90. Anm. b.

2) Endemann S. 711; Planck § 273 S. 44; Oertmann § 273 S. 33; Dernburg § 57 S. 123, 124; Schollmeyer S. 90; Matthiass § 69 S. 277.

3) Dernburg BGB. II § 57 Anm. 13 S. 124

4) Schollmeyer, S. 91.

Grund eines anfechtbaren obligatorischen Vertrages im Grundbuch eingetragen steht und nun nach Anfechtung des Vertrages condiziert wird.“ [1]

Ist der Gegenstand eine Sache, so muss es eine Spezies sein. Wegen Genussachen hat der Schuldner kein Zurückbehaltungsrecht, da er ja nicht gerade die Sache zu leisten braucht, auf welche er Aufwendungen gemacht hat.

Als wichtigster Fall kommt das Retentionsrecht in § 1000 wegen Verwendungen gegenüber dem dinglichen Anspruch in Betracht, d. h. das Retentionsrecht des Besitzers einer Sache, wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen gegenüber dem Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache. Ausgeschlossen ist nach § 1000 das Zurückbehaltungsrecht, wenn die Sache durch eine Vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung — unerlaubte Selbsthülfe, Diebstahl — in den Besitz des Schuldners gelangt ist. Die Bestimmungen des § 1000 sind auf den Finder [2] und auf den Erbschaftsbesitzer [3] analog ausgedehnt worden.

Auf den ersten Blick erscheint die besondere Erwähnung eines Retentionsrechtes wegen Verwendungen gegenüber dem dinglichen Anspruche befremdend und gibt zu der Annahme Anlass [4] als ob die allgemeinen Regeln des obligatorischen Retentionsrechtes auf das dingliche unanwendbar seien und ausserhalb des Obligationenrechtes ein Reten-

1) Schollmeyer, S. 91.
2) BGB. § 972.
3) BGB. § 2022.
4) Schollmeyer § 273, 2b β.

tionsrecht stets besonderer gesetzlicher Regelung bedürfe. Die Bedeutung des § 1000 wird jedoch überschätzt; er sollte vielmehr — und dies ist auch die Ansicht der Motive[1] — etwaige Zweifel an der Gültigkeit der Bestimmungen des § 273 bei dinglichem Anspruch aus dem Wege räumen.

In der dritten Gruppe ist demjenigen, welcher zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, die Retentionsbefugnis gewährt, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen eines ihm durch diesen Gegenstand verursachten Schadens zusteht. Nur wegen eines schon verursachten, nicht erst drohenden Schadens kann nach dem Wortlaut des § 273 II ein Retentionsrecht ausgeübt werden. Die Kosten für die Schadensfeststellung fallen gleichfalls dem Schädigenden zur Last, und das Retentionsrecht dauert bis zum Ersatz derselben fort. Die Schädigung muss mittelbar oder unmittelbar durch den Gegenstand erfolgt und der Gegner zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein.[2]

Der Schaden kann entstanden sein sowohl durch eine herauszugebende Sache, als auch durch ein Recht. So ist z. B jemand als Erbbauberechtigter im Grundbuch eingetragen und hat, da Hypotheken, mit denen das Erbbaurecht belastet ist, gegen ihn geltend gemacht wurden, Unkosten gehabt und Prozesse führen müssen. Wenn nun nachträglich wegen Ungültigkeit des Begründungsgeschäftes das Erb-

1) Motive, Bd. II, S. 44.
2) Schollmeyer, S. 91, § 273, 2b γ.

baurecht kondiziert wird, so ist er jedenfalls wegen des Schadens ersatzberechtigt[1].

§ 8.

V. Die Realisierung des Retentiosrechtes.

I. Die materiellrechtlichen Wirkungen.

Was die Wirkungen, insbesondere die materiellrechtlichen Wirkungen des Retentionsrechtes betrifft, so verfolgt der Schuldner mit seinem Rechte, die geschuldete Leistung zu verweigern, den doppelten Zweck:

1. Anregung des Gegners zur Befriedigung des Retinenten,

2. Sicherung des eigenen Anspruchs.

Das Retentionsrecht bewirkt also nicht die Tilgung, sondern nur die zeitweilige Zurückweisung des gegnerischen Anspruchs und zwar so lange, als der Retentionsberechtigte wegen seines Anspruchs noch nicht befriedigt ist; nur indirekt kann er durch den Druck, den er durch die Nichtbefriedigung auf den Gegner ausübt, versuchen, befriedigt zu werden.[2] Die Wirkungen des Retentionsrechtes sind demnach im Vergleich zu ähnlichen Rechten äusserst beschränkte.

Insbesondere fehlt dem Retinenten jegliche rechtliche oder faktische Verfügungsmacht über den Gegenstand. Er ist nicht in der Lage, den Gegen-

1) Schollmeyer, S. 91, § 273, 2 b γ.

2) Dernburg, BGB., II, § 57, S. 122; Dernburg, Komp., S. 367 ff.

stand, wenn er ihn einmal aus den Händen gegeben hat, auf Grund seines Rechtes zur Retention zurückzubekommen[1]. Wohl kann er auf Grund des Rechtsverhältnisses als Eigentümer, juristischer Besitzer, Pfandgläubiger im Wege der Klage den Besitz wieder zurückfordern, „allein die zu nützende Klage ist begreiflich nicht eine actio ex iure retentionis, sondern eben die Klage aus jenem Fundamente, von welcher das ius retentionis nur zufällig profitiert“[2]. Fehlt ein solches Fundament, so sind nach richtiger und später allgemein anerkannter Ansicht des gemeinen Rechts[3] dem Retentionsberechtigten, gleichwie eine Klage ex iure retentionis, so auch die possessorischen Interdikte versagt. Die ältere Doktrin,[6] welche allgemein die possessorischen Interdikte oder wenigstens die interdicta retinendia possessionis[5] resp. das possessorium summariissimum und die Spolienklage gewährt,[4] betrachtet das Retentionsrecht des Pfandgläubigers gleichsam als Musterbild[7] für unser Retentionsrecht und glaubt, auf letzteres die Grundsätze des ersteren schlechthin anwenden zu können. Die Unrichtigkeit ihrer Ansicht ergibt sich

1. aus dem Fehlen jeglicher diesbezüglicher Gesetzesvorschrift,[8]

1) Langfeld, § 21.

2) Schenck, S. 301.

3) Schenck, S. 302 ff., § 81; Holzschuher, S. 132; Goldschmidt S. 989.

4) S. bei Schenck, S. 305.

5) Luden, § 25, S. 187.

6) S. d. bei Schenck, S. 302 Anm. 1 Aufgezählten.

7) Schenck S. 303.

8) Schenck, S. 303.

2. aus dem Umstand, dass der Retinierende nach verlorenem Besitz die Sache nicht durch eine in rem actio verfolgen kann,[1]

3. aus der unrichtigen Auffassung des Besitzrechtes des Retinenten.

Wenn nach dem allgemeinen Sprachgebrauch dem Retinenten das Recht zum Besitze zusteht, so ist hiermit nicht juristischer Besitz gemeint, sondern Detention. Der juristische Besitzer hat den animus dominii, derselbe gewährt ihm weitgehende Verfügungsbefugnisse über die Sache, während, wie wir oben sahen, der Retinent nicht die geringste Verfügungsgewalt, weder Gebrauchs- noch Verwaltungsrechte, höchstens Pflichten besitzt. Sein Besitzrecht erscheint demnach als blosse Detention und dem Detentor stehen bekanntlich die possessorischen Interdikte nicht zur Seite.[2]

Es läge nahe, den Retentionsbesitz unter die Fälle des abgeleiteten Besitzes zu rechnen. Da diese jedoch gesetzlich festgelegt sind und den Retentionsbesitz nicht mit umfassen, so gelangen wir zu keinem anderen Ergebnis. Dass beim Retentionsrecht an unkörperlichen Dingen oder der quasi passessio der Gebrauch der Interdikte ausdrücklich gestattet war, ist auch von der gegnerischen Ansicht nicht bestritten worden.[3] Dem allgemeinen Verkehrsbedürfnisse würde es jedenfalls entsprechen, wenn man dem Retentionsberechtigten die possessorischen Interdikte

1) Schenck, S. 303.
2) Schenck S. 303 ff.; Goldschmidt S. 989.
3) Schenck S. 304; Holzschuher S. 132.

zubilligte und dieses ist auch in den neueren Gesetzgebungen[1] geschehen. Denn jedenfalls erscheint es doch unbillig, dass der Retentionsberechtigte, welchem die Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde, nunmehr schlechter gestellt sein sollte, als vor der Entziehung, wenn ihm auch das Recht der Selbsthülfe gegen Gewalt in vollem Masse zu Gebote stand.

Wir haben gesehen, dass die Rechte des Retinenten sich in dem engen Rahmen der blossen Innehabung des Gegenstandes bewegen. Es sind demnach ausgeschlossen:[2]

1. das Recht zur Benutzung und Verwaltung,
2. zur Umgestaltung,
3. zur Verpfändung,
4. zur Veräusserung,
5. zur Aneignung der Sache, um sich dadurch etwa mittelst Kompensation oder datio in solutum für seine Forderung bezahlt zu machen.

Es hat also der Renitent kein Recht, sich aus den Früchten und Nutzungen zu befriedigen, wohl aber dieselben für seine Forderung zu retinieren. Er hat ferner kein Recht, die Sache zu verkaufen und sich aus dem Erlös zu befriedigen.[3]

Was bisher über die Wirkungen im gemeinen Recht gesagt ist, gilt auch im wesentlichen für das Bürgerliche Gesetzbuch. Auch hier kann der

---

1) ALR. I 20 § 561; Sächs. BGB. § 208; s. Goldschmidt S. 989 Anm. 32.

2) Schenck S. 274.

3) Schenck S. 273.

Schuldner sich nicht aus dem retinierten Gegenstand befriedigen, da §§ 273 und 274 eine derartige Befugnis nicht gewähren.[1]

Nur eine Bestimmung könnte zu Bedenken Anlass geben und zwar das dem Besitzer einer Sache wegen Verwendungen gewährte Verkaufsrecht des § 1003. Dieser Paragraph gewährt dem Schuldner das Recht, nach Ablauf der dem Gläubiger zur Abgabe seiner Erklärung gestellten Frist Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt. Dieses Recht des Retinenten ist jedoch kein Ausfluss des Zurückbehaltungsrechtes, vielmehr ist vom Gesetzgeber das Recht dem Retinenten aus Gründen der Billigkeit gewährt. Die Lage des Retinenten wäre sonst eine äusserst ungünstige. Nach § 1001 kann er den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen im Wege der Klage nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt. Erhebt nun der Eigentümer weder Klage noch genehmigt er die Verwendungen, so darf der Retinent zwar die Sache zurückbehalten, muss jedoch jederzeit gewärtig sein, von dem Eigentümer mit der Klage auf Herausgabe der Sache belangt zu werden. Diesem ungewissen Zustande durch zwangsweisen Verkauf der Sache ein Ende zu machen, ist er nach § 1003 berechtigt.[2]

1) Dernburg BGB. II S. 125 § 58 IV.
2) Endemann § 126 Anm. 23 S. 714.

Weitere Zweifel entstehen aus § 772 Abs. 2: „Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muss er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen“ und zwar ehe er den Bürgen belangen kann, dem nach § 771 die Einrede der Vorausklage zusteht. Dieses Befriedigungsrecht ist jedoch kein einfaches Verkaufsrecht, vielmehr kann der Gläubiger nur im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels zu seinem Rechte gelangen. [1]

Übereinstimmend im gemeinen und bürgerlichen Recht kann gegenüber dem dinglichen Anspruch eines Dritten auf Herausgabe der Sache ein Retentionsrecht wegen Verwendungen auf die Sache oder wegen eines durch die Sache zugefügten Schadens stets dann geltend gemacht werden, wenn der Dritte aus den Aufwendungen Vorteil zieht. Da die Person des Dritten — Eigentümer, Pfandgläubiger, Usufruktuar [2] — sich erst durch die Erhebung der Klage bestimmt, so ist in diesem Falle das Retentionsrecht gegen jeden wirksam. [3]

Anders verhält es sich bei Wechsel auf einer Seite und zwar

1. auf Gläubigerseite,
2. auf Schuldnerseite.

Nach gemeinem und bürgerlichen Recht kann als feststehend gelten, wenn auch von Gold-

1) Endemann § 126 Anm 24 S. 714; Goldschmidt S. 990.
2) Goldschmidt S. 990 Anm. 36.
3) Goldschmidt S. 990; Langfeld S. 138; die einzige von Groskopff anerkannte Kategorie. BGB. § 999 Abs. 2.

schmidt[1] unerklärlicherweise und ohne nähere Begründung bestritten, dass der Universalsuccessor und speziell der Erbe auf beiden Seiten in das Rechtsverhältnis eintritt, indem letzterer gewissermassen die Person des Erblassers repräsentiert und ihm in seinen Rechten und Pflichten nachfolgt.[2]

Im Falle einer Singularsuccession auf Gläubigerseite ist zu unterscheiden:

1. ob der Wechsel sich vollzieht auf Grund eines Cessionsaktes oder ob

2. der neue Gläubiger aus irgend einem Grunde ein selbständiges Recht auf die retinierte Leistung hat. Dieses Recht kann entweder sein ein dingliches, indem er mit der rei vindicatio oder actio hypothecaria gegen den Schuldner vorgeht, oder ein persönliches, z. B. im Falle der actio quod metus causa.[3]

Im zweiten Falle steht dem Gläubiger keine Retentionsbefugnis zu, denn der dinglich Berechtigte ist durch die obligatorischen Ansprüche, die dem Besitzer gegen den Autor zustehen, an der Geltendmachung seiner Rechte nicht behindert. Belanglos ist in diesem Falle, ob der Dritte vor oder erst nach Entstehung und Kenntnis des Retentionsrechtes sein dingliches Recht erworben hat.[4] Einige ältere Rechtslehrer[5] lassen das ältere Retentionsrecht dem jüngeren dinglichen Recht des Vindikanten vorgehen,

---

1) Goldschmidt S. 991.

2) Schenck S. 283; Langfeld S. 137.

3) Goldschmidt S. 991.

4) Goldschmidt S. 992; Schenck §§ 78, 79; Holzschuher, S. 128, 4.

5) Faselius § 27; Sintenis, Pfandr. § 5 S. 24 ff.

und zwar deshalb, weil der Eigentümer nach einmal entstandenem Retentionsrechte nicht mehr Rechte auf einen anderen übertragen könne, als er selbst noch besässe. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht leuchtet ein, sie ist auch niemals im gemeinen Recht zur Herrschaft gelangt. Gesetzt nämlich den Fall, dass der Mieter seine eingebrachten Sachen an einen Dritten verpfändet oder zu Eigentum überträgt oder mit einem Niessbrauch belastet, so muss das Retentionsrecht, welches der Vermieter etwa an den eingebrachten Sachen des Mieters ausüben möchte, dem dinglichen Anspruch des Dritten, an welchen die Sachen verpfändet usw. sind, weichen. Denn durch die Retentionseinrede werden nur die persönlichen Beziehungen des Retentionsberechtigten — Vermieters — und seines Gegners — Mieters — beeinflusst; letzterer ist in keiner Weise an der Begründung dinglicher Rechte an dem ihm nach wie vor gehörigen Retentionsobjekt behindert. Für den Erwerber — Pfandgläubiger, neuer Eigentümer, Niessbraucher — sind daher die persönlichen Beziehungen des Veräusserers zu den früheren Retentionsberechtigten ohne Belang,[1] „da der die Retentionseinrede begründende Tatbestand weder einen Anwendungsfall der exceptio doli specialis noch einen jener Fälle darstellt, in denen nach gemeinem Recht die persönlichen Verpflichtungen des Auktors auch dem dinglichen Rechtsnachfolger gegenüber von Wirksamkeit sein würde.[2] Ist dagegen die Veräusserung

1) Langfeld, S. 137.
2) Langfeld, S. 137.

in der chikanösen Absicht geschehen, die Geltendmachung des Retentionsrechtes zu vereiteln, so würde die Retentionseinrede dennoch auch gegen den neuen Erwerber geltend gemacht werden können.[1] Dieselben Grundsätze sind auch im bürgerlichen Recht allgemein anerkannt.[2]

Anders sind die Wirkungen im Falle 1, wenn der neue Gläubiger kein selbständiges Recht auf die Leistung hat, sondern mit der vom alten Gläubiger ihm cedierten Klage gegen den debitor cessus vorgeht.

Nun stehen aber nach gemeinem sowie bürgerlichem Recht[3] dem Schuldner alle Einreden, die ihm gegen den Cedenten zustanden, auch gegen den Cessionar zu, abgesehen natürlich von höchst persönlichen Einwendungen, wie beispielsweise das beneficium competentiae. Es kann folglich der Schuldner gegen den neuen Gläubiger sein Retentionsrecht geltend machen.[4]

Im gemeinen und bürgerlichen Recht[5] findet der Grundsatz allgemeine Anerkennung, dass demjenigen, welcher eine fremde Schuld übernimmt — natürlich mit Einwilligung des Gläubigers — sämtliche Einwendungen des alten Schuldners — de Retinenten — ebenfalls zustehen. Geht die Forderung des Retinenten nicht gleichzeitig auf den neuen

1) Langfeld, S. 137 Anm. 3; s. Schenck, S. 284; Windscheid, Pand. III, S. 347.

2) Dernburg, BGB. II, S. 126, § 58; Schollmeyer, S. 89.

3) BGB. § 404.

4) Schenck, S. 284; Goldschmidt, § 95, S. 991.

5) BGB. § 417.

Schuldner über, so kann dieser dem Gläubiger die Retentionseinrede nicht entgegensetzen „da der rechtliche Zusammenhang zwischen beiden Forderungen durchbrochen ist[1]. Wird jedoch die Forderung des Retinenten auf den neuen Schuldner übertragen — nach Windscheid[2] kann auch das einer natürlichen Verbindlichkeit entsprechende Recht cediert werden, — so steht diesem das Retentionsrecht in seiner ganzen Wirkung zu. Da praktisch ohne den Willen des Retentionsgegners nur in zwei Fällen eine Übertragung der Leistungspflicht des Retinenten sich vollziehen kann — beim Erbfall[3] und wenn die Leistungspflicht in der Herausgabe einer Sache besteht, welche der Gegner mittelst dinglicher Klage beanspruchen kann, — so ist die Ansicht,[4] dass das Retentionsrecht ein accessorisches Recht in dem Sinne sei, dass es ipso iure auf den Erwerber der Forderung übergehe, entschieden zurückzuweisen.[5] Das Retentionsrecht ist nur in dem Sinne accessorisch, als es ohne einen Anspruch, zu dessen Sicherung es dient, weder entstehen noch bestehen kann, keineswegs jedoch in dem Sinne, dass mit dem Übergang der Forderung auch eine Übertragung des Retentionsrechtes verbunden wäre.[6] Ein Retentionsrecht kann folglich nur dann von einem Dritten ausgeübt werden, wenn auf diesen sowohl

1) Langfeld, S. 135.
2) Windscheid, II, § 335, S. 361 oben.
3) Langfeld, S. 135.
4) Schenck, S. 325.
5) Langfeld, S. 135, 136.
6) Luden, S. 210 ff.; Langfeld, S. 136; Goldschmidt, S. 984.

die Forderung gegen den Retentionsgegner, als auch die Leistungspflicht übertragen wird.

M. E. steht nichts im Wege, dieselben Schlüsse, die das festgestellte Ergebnis für das gemeine Recht gerechtfertigt erscheinen liessen, auch für das bürgerliche Recht zu ziehen.

Die von dem Retinenten anzuwendende Sorgfalt richtet sich nach dem concreten Rechtsverhältnis, auf dem die Leistungspflicht beruht[1]. Wenn auch in der Regel der Retinent für omnis culpa, im Bürgerlichen Gesetzbuch[2] — die im Verkehr erforderliche Sorgfalt haften wird, so ist doch die Ansicht von Schenck,[3] dass die Haftung sich stets auf omnis culpa erstrecke, zurückzuweisen, denn das Rechtsverhältnis, in welchem der Retinent bisher zum Gegner stand, bleibt ganz dasselbe, desgleichen die Haftung unverändert.[4] Eine analoge Anwendung des Pfandrechts ist schon deshalb zurückzuweisen, weil die Pflichten des Pfandgläubigers auf einem besonderen Obligationsverhältnisse beruhen, welches an und für sich schon die Haftung für omnis culpa bedingt. Das Retentionsrecht ist dagegen mit stets wechselnden Rechtsverhältnissen verbunden, welche stets verschiedene Grade der Haftung erfordern.[5] So wird sich unter Umständen die Haftung auf diligentia quam in suis oder selbst auf culpa lata — so im Falle des die Sache retinie-

1) Motive, S. 43; Langfeld. S. 130; Groskopff, § 15.
2) BGB. § 276 Abs. 1 Satz 1.
3) Schenck, S. 276 ff.
4) Groskopff, S. 82.
5) Groskopff, S. 82.

renden Depositars — vermindern, unter Umständen auf casus — im Falle des malae fidei possessor[1] — erhöhen. Der Retinent hat jedenfalls die Pflicht, die Sache vor Untergang und Verderb zu behüten und nach Beendigung des Retentionsrechtes in ordnungsmässigem Zustande herauszugeben. Hieraus erwächst ihm, wenn er auch, wie oben gezeigt, an und für sich zu faktischen Verfügungen über die Sache nicht berechtigt ist, die Pflicht zur Verwaltung, Fruchtziehung der Sache[2], und falls diese dem Verderb ausgesetzt ist, zum Verkauf derselben event. zur Einziehung von Wechseln und Forderungen, deren Verwirklichung gefährdet ist.

§ 9.

Die Geltendmachung und die Wirkung im Prozess.

Im Prozess wird das Retentionsrecht geltend gemacht nicht im Wege der Klage, sondern in Gestalt einer dilatorischen Einrede, im alten römischen Prozess in Gestalt der exceptio doli. Nur ausnahmsweise kann das Retentionsrecht durch Klage geltend gemacht werden,[3] wenn die Voraussetzungen des § 686 der älteren, § 767 der neuen Civilprozessordnung vorliegen. Auf Grund derselben sind Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, vom Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht erster Instanz

1) Langfeld, S. 130, Anm. 36.
2) Holzschuher, S. 129.
3) v. Wilmowski-Levy, Komm. z. CPO. II, S. 864, Anm. 2.

geltend zu machen, vorausgesetzt, dass die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemässheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können."

Die Retentionseinrede richtet sich nicht gegen das Bestehen des gegnerischen Anspruchs, sie bewirkt nur seine vorübergehende Zurückweisung.

Was die Wirkung betrifft, welche die Zurückweisung des gegnerischen Anspruchs erzeugt, so kommt namentlich der Beklagte nicht in Leistungsverzug.[1]

Im ältesten römischen Prozess führte die Geltendmachung der exceptio doli die Abweisung der Klage herbei,[2] falls der Kläger den durch einen richterlichen Vorbescheid anerkannten Anspruch des Beklagten bis Schluss der Verhandlung nicht befriedigt hatte. Eine zeitweilige Abweisung nehmen Luden[3] und Lenz[4] auch für den späteren gemeinrechtlichen Prozess fälschlicher Weise an. Nach richtiger allgemein anerkannter Ansicht[5] gelangte man in der Praxis des gemeinen Rechts zu dem Resultat, dass der Beklagte, der den gegnerischen Anspruch gar

1) Groskopff, S. 83; Langfeld, S. 123; Goldschmidt, S. 984; Endemann, S. 713; Schollmeyer, S. 92; BGB. § 285.

2) Dernburg, Kompens. S. 371.

3) Luden, S. 186 ff, § 29.

4) Lenz, S. 398.

5) Goldschmidt, S. 982; Langfeld, S. 123; Groskopff, S. 73 ff.; Zaun im Arch. f. pr. Rechtswissensch., IV. Bd., S. 416; Sintenis, Civilr. § 91, Anm. 79 u. 80; Dernburg, Kompens. S. 371.

nicht leugnete, verurteilt wurde unter der Bedingung, dass der Kläger seinen Gegenanspruch befriedigte.

Dieselbe Wirkung erzeugt die Retentionseinrede auch im bürgerlichen Recht, indem nach § 274 der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung — Zug um Zug — zu verurteilen ist. Der Leistungsanspruch wird materiell beschränkt, und der vorher unbedingte in einen bedingten umgewandelt.[1]

Praktisch wird sich Leistung Zug um Zug in Gestalt gleichzeitiger Leistung wohl nur selten ausführen lassen, vielmehr „muss es genügen, wenn die Leistung in solcher Art erfolgt, dass der Leistende die volle Sicherheit hat, unmittelbar darauf die ihm gebührende Leistung zu erhalten".[2]

Auf Grund des Urteils richtet sich die Zwangsvolltreckung ebenfalls nur auf Leistung Zug um Zug. Hat der Kläger Leistung angeboten, Beklagter sie angenommen, ohne selbst zu leisten, so geht die Zwangsvollsteckung unmittelbar auf die Gegenleistung. Wenn dagegen der Kläger die Leistung anbietet, aber der Beklagte die Annahme verweigert,[3] oder wenn der Beklagte zwar die angebotene Leistung annehmen will, selbst aber die Leistung verweigert, so kann, da der Beklagte sich im Annahmeverzug befindet, der Kläger auf Grund § 274 II die Zwangsvollstreckung in gleicher Weise betreiben, als wenn seine Leistung bereits erfolgt wäre.[4]

1) Endemann, S. 713, Anm. 21; Schollmeyer, § 274,1, S. 39.
2) Planck, § 271, Anm. 1, S. 45.
3) BGB. § 298.
4) Schollmeyer, § 274, S. 94.

Was die Verjährung des gegnerischen Anspruchs betrifft, so galt im gemeinen Recht als allgemeiner Grundsatz, dass die Verjährung eines einredebehafteten Anspruchs gehemmt war.[1]

Die Hemmung trat jedoch dann nicht ein, wenn der Berechtigte die Macht hatte, die Einrede zu beseitigen und die Beseitigung billigerweise von ihm verlangt werden konnte. So kann der Berechtigte die Retentionseinrede aus dem Wege räumen, wenn er den Retentionsberechtigten für seinen Anspruch befriedigt.[2]

Diese Ansicht hat auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu Grunde gelegen, welches in § 202 Abs. 2 die Frage dahin entscheidet, dass die Verjährung gegenüber der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes nicht gehemmt wird.

Über die Art und Weise, wie die Zwangsvollstreckung zu betreiben sei, fehlte in der alten Civilprozessordnung jegliche Vorschrift. Ob etwa § 664 anzuwenden sei, war wenigstens äusserst bestritten. Hier griff die neue Civilprozessordnung ein und zwar vermittelst §§ 726 Abs. 2, 756 und 765.[3]

Der Gläubiger kann nach erfolgter Verurteilung des Schuldners, abgesehen von dem Falle, dass die dem Schulder obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht,[4] eine vollstreckbare Ausfertigung verlangen, ohne etwa Befriedigung oder Annahmeverzug des Schuldners bewiesen zu haben.

1) Windscheid, I, S. 312.
2) Windscheid, I, S. 312, Anm. 3; Langfeld, S. 122.
3) S. auch das folgende: Schollmeyer, S. 94.
4) § 726 Abs. 2 CPO.

Der Gerichtsvollzieher hat zu prüfen, ob der Schuldner befriedigt oder in Verzug der Annahme gesetzt ist. Stellt sich hierbei heraus, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, so hat der Gerichtsvollzieher die Leistung dem Schuldner in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anzubieten.[1] Erst dann kann die Zwangsvollstreckung beginnen.

Handelt es sich um gerichtliche Vollstreckungsmassregeln, so hat die Prüfung durch das Vollstreckungsgericht zu erfolgen.[2] Liegen die erforderlichen Voraussetzungen nicht vor, „so hat es das Zwangsvollstreckungsgesuch zurückzuweisen, bis der Gläubiger durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden die Befriedigung des Schuldners oder seinen Annahmeverzug nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunden hat zustellen lassen.[3]

Der Beklagte, welcher sich auf die Retentionseinrede beruft, hat ihre Voraussetzungen zu beweisen und zwar: Vorhandensein, Fälligkeit, Höhe, Beschaffenheit der Ansprüche, Konnexität.

Der Kläger kann den Behauptungen des Beklagten entgegensetzen:

1. Erfüllung seinerseits,
2. Sicherheitsleistung,
3. Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund Parteiabrede oder Gesetz, insbesondere, dass der Beklagte den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt habe,
4. Erlöschen des Zurückbehaltungsrechtes.

1) § 756 CPO.
2) Schollmeyer, S. 94.
3) § 765 CPO.; s. Schollmeyer, S. 94.

§ 10.

3. Die Wirkung im Konkurs.

Im gemeinen Recht war es äusserst bestritten, ob und inwieweit das Retentionsrecht im Konkurs über das Vermögen des Retentionsgegners seine Wirksamkeit behielte. Die ältere Doktrin[1] versagte dem Retentionsrecht im Konkurs jegliche Wirksamkeit; der Retinent hat die res retinenda an die Konkursmasse abzuliefern und kann seine Ansprüche, die er etwa gegen den Gemeinschuldner hat, nach der Priorität geltend machen. Während einzelne der neuen Rechtslehrer die Gültigkeit der älteren Theorie nur auf den Fall beschränkt wissen wollten; dass das Retentionsobjekt dem Schuldner gehöre, entschied sich die neuere Doktrin[2] grösstenteils für die volle Wirksamkeit des Retentionsrechtes. Goldschmidt[3] nennt das Retentionsrecht „ein materielles und zwar eigentümliches, die Rechte des Gegners beschränkendes Vermögensrecht.“ Nun aber treten die Gläubiger in dieselben Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners ein, es können ihnen daher dieselben Einwendungen entgegengesetzt werden wie dem Gemeinschuldner. Nur in dem Falle versagt das Retentionsrecht, dass nämlich die Gläubiger selbständige dingliche Rechte geltend machen können. Dagegen geniessen selbst privilegierte Gläubiger kein

1) Glück, Bd. XV, S. 132; Schenck, S. 353; Luden, S. 223 ff.; Lenz, S. 400; Holzschuher, S. 133—135; Dernburg, Pfandrecht, II, S. 107.

2) Langfeld, S. 141; Groskopff, S. 99; v. Vangerow, I, S. 866; Goldschmidt, S. 993.

3) Goldschmidt, S. 994.

Vorzugsrecht vor dem Retinenten. Ihre Rechte erstrecken sich nur auf das zur Masse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners, und zur Masse gehört das Retentionsobjekt nur nach Abzug des Gegenanspruchs.[1]

Die Konkursordnung vom 10. Februar 1877 ist im wesentlichen wieder zum Standpunkte der älteren Lehre zurückgekehrt.[2] Es tritt zwar dieser Standpunkt in der Konkursordnung nicht deutlich hervor, sie bekennt sich jedoch indirekt zu demselben, indem sie in einzelnen Ausnahmefällen dem Retentionsrecht Wirksamkeit zuspricht, im übrigen aber in §§ 1–3 (§§ 1, 3 II, 4 der neuen Fassung) das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse rechnet und so der Befriedigung aller Konkursgläubiger unterwirft.[3] Es kann demnach ein Retentionsrecht an dem Schuldner gehörigen körperlichen Sachen — und das ist die Regel — nicht mit Wirksamkeit ausgeübt werden.

§ 41 (49 der neueren) Konkursordnung macht hiervon eine Ausnahme, indem er gewissen Personen Absonderungsrechte im Konkurs gewährt, so in Absatz 3 „denjenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache."

1) Goldschmidt, S. 995.
2) Langfeld, S. 142.
3) Langfeld, S. 142.

Der Retinent hat hier einen Anspruch auf Vorwegbefriedigung, soweit der Erlös des nach den Regeln des § 117 (127 der neuen) KO. verkauften Objekts reicht; für den Rest steht er auf gleicher Stufe mit den nicht aussonderungsberechtigten Gläubigern. Hiervon macht die Novelle in § 223 für das neue Recht eine Ausnahme zu Ungunsten des Erben, welchem, um eine Verzögerung der Verwertung der Masse im Nachlasskonkurs zu vermeiden, ein Retentionsrecht wegen seiner Ansprüche aus §§ 1978, 1979 BGB. versagt ist.

Eine gewisse Ausgleichung wird dem Erben durch § 224 No. 1 gewährt, indem ihm die Eigenschaft als Massegläubiger bezüglich seiner Ansprüche aus §§ 1978, 1979 beigelegt wird.

Ist die Forderung des Gemeinschuldners nicht auf die Herausgabe einer körperlichen Sache gerichtet, sondern auf eine sonstige Leistung, so wird die Wirkung des Retentionsrechtes durch den Konkurs nicht berührt.[1] Dieses ergibt sich indirekt aus dem Wortlaut der Motive,[2] „dass alle nicht dinglich verhafteten Sachen des Gemeinschuldners zur gleichmässigen Verteilung für alle Konkursforderungen dienen", sodann aus der Konkursordnung[3] selbst, welche die Wirksamkeit des Retentionsrechtes an den dem Gemeinschuldner gehörigen Sachen — d. h. nur an Sachen, nicht an anderen Leistungen — ausschliessen will.[4]

1) Langfeld, S. 143.
2) Mot. z. Entw. einer KO. S. 213.
3) KO. §§ 1 ff.
4) Langfeld, S. 142 ff.

Aus denselben Gründen bleibt ein Retentionsrecht an einer dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache in seiner vollen Wirksamkeit bestehen.[1]

Nach Ausbruch des Konkurses kann ein Retentionsrecht an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen auf Grund § 12 (§ 15 der neuen) KO. nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern begründet werden.

§ 11.

VI. Die Ausschliessung des Retentionsrechtes.

Fast ausnahmslos werden von den Darstellern des Retentionsrechtes die Ausschliessungsgründe nicht an besonderer Stelle behandelt. Eine besondere zusammenhängende Darstellung erscheint mir jedoch im Interesse der Übersichtlichkeit erforderlich.

Das Retentionsrecht kann ausgeschlossen werden:

1. durch Parteiwillen,
2. durch Gesetz.

Die Ausschliessung auf Grund Parteiwillens geschieht entweder durch ausdrückliche Abrede, oder sie wird aus den Umständen ergeben. Insbesondere wird ein Retentionsrecht stillschweigend dann ausgeschlossen sein, wenn die Ausübung desselben gegen sonstige Abmachungen verstossen würde, was § 273 Abs. 1 BGB. mit den Worten normiert: „Sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergiebt". Im übrigen entscheidet auch hier der Grundsatz von Treu und Glauben.[2]

1) Langfeld, S. 142 ff.
2) § 242 BGB.

Im gemeinen Recht war es bestritten, ob zur Ausübung des Retentionsrechtes bona fides und fehlerfreier Besitz erforderlich sei. Die Streitfrage wird von den älteren Autoren in der Weise entschieden, dass einige [1] Rechtmässigkeit, andere [2] wenigstens Besitz nec vi nec clam nec precario zu den Erfordernissen des Retentionsrechtes rechnen, da sonst die Auslieferung der Sache durch ein Interdikt vom Retentionsgegner gefordert werden könne. Diese Grundsätze werden jedoch durchbrochen, indem dem malae fidei possessor wegen der impensae necessariae gegenüber der rei vindicatio und wegen der impensae utiles gegenüber der hereditatis petitio eine Retentionsbefugnis gewährt wird.[3] Da man einen inneren Grund für diese Ausnahmen nicht finden konnte, so gingen die neueren Rechtslehrer dazu über, diese angeblichen Ausnahmen zur Regel zu erheben. Nach Goldschmidt[4] braucht der Retinent „weder rechtmässig, noch fehlerfrei, noch in gutem Glauben zu besitzen. Indessen steht doch dem unredlichen und vitiösen Besitzer die Billigkeit, auf welche allein das Retentionsrecht sich gründet, nur ausnahmsweise zur Seite."

Unbedingt zu versagen ist das Retentionsrecht dem Dieb sowie demjenigen, welcher erst nach Ent-

1) Glück, Bd. XV, S. 115; Mühlenbruch, § 136; Sintenis, Pfandrecht, § 5, S. 22; Holzschuher, I, S. 124.

2) Schenck, S. 90; Luden, S. 57 ff.; Lenz, S. 385.

3) Groskopff, S. 86 ff.; Langfeld, S. 39; Goldschmidt, § 94 Anm. 13, S. 972; Dernburg, Kompens. S. 346 ff.

4) Goldschmidt, S. 971; ebenso Langfeld, S. 113, 114 und Groskopff, § 16, S. 86 ff.

stehung des Gegenanspruchs den Besitz des Retentionsobjektes in rechtswidriger Weise erlangt hat.[1]

Die zuletzt entwickelte Ansicht kehrt auch im Bürgerlichen Gesetzbuch wieder, indem auch hier weder rechtmässiger und fehlerfreier Besitz, noch guter Glaube im Prinzip verlangt wird, trotzdem aber mit Rücksicht auf die Billigkeit dem unredlichen Besitzer nur ausnahmsweise — so im Falle der §§ 994, 2022 in Übereinstimmung mit der entsprechenden gemeinrechtlichen Bestimmung[2] — die Retentionsbefugnis gewährt wird, jedenfalls jedoch dann nicht, wenn der Besitzer den Gegenstand durch eine „vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung" erlangt hat.[3] Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass ein Retentionsrecht weder versagt wird, wenn der Schuldner den Gegenstand durch eine fahrlässig begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, noch wenn die vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zur Last fällt und der Herausgabepflichtige von diesem den Gegenstand erlangt hat, ohne dass in der Annahme der Sache an sich eine unerlaubte Handlung liegen würde, — Hehlerei —.[4] Es braucht ferner der Herausgabepflichtige die unerlaubte Handlung nicht gerade gegen den Herausgabeberechtigten begangen zu haben; so kann — nach dem Beispiel bei Schollmeyer[5] — der

1) Goldschmidt S. 972, Anm. 13; Langfeld, S. 114.
2) S. S. 67 oben.
3) § 273 BGB.
4) Schollmeyer S. 91.
5) Schollmeyer S. 91.

Räuber, wenn er dem Dieb, den er für den Eigentümer hält, die gestohlene Sache abnimmt, dem Eigentümer welcher gemäss § 249 Naturalrestitution verlangt, die Retentionseinrede nicht entgegensetzen.

Die weitere Streitfrage, ob auch dann eine Retentionsbefugnis Platz greifen dürfe, wenn der Wert der retinierten Leistung den des Gegenanspruchs unverhältnismässig übersteigt, ist oben schon dahin entschieden worden, dass das Retentionsrecht den Gegner zur Leistung anzutreiben bezweckt, demnach eine Wertdifferenz der beiden Ansprüche gar nicht in Betracht kommt.

Desgleichen bleibt, wie schon oben bewiesen, nach der richtigen Meinung [1] auch bei der Teilleistung des Gegners die Retentionsbefugnis in ihrem ganzen Umfang bestehen, was allerdings Goldschmidt[2] bestreitet, indem nach seiner Ansicht nur soviel retiniert werden dürfe, als zur Deckung des Berechtigten erforderlich sei, „denn darüber hinaus gibt es keine exceptio doli". Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft keine Bestimmungen, es steht jedoch nichts im Wege — wenn auch Schollmeyer[3] irrtümlicherweise und im Widerspruch mit der übrigen Litteratur entgegengesetzter Ansicht ist —, auch hier die gleichen Grundsätze anzunehmen, es sei denn, dass das Chikaneverbot des § 226 die Ausübung des Retentionsrechtes ausschlösse.

1) Schenck S. 108—110; Lenz S. 399; Luden S. 191 ff.; Holzschuher I S. 116 o.; Sintenis, Pfandrecht, S. 22 No. 5 § 5; Langfeld S. 115.

2) Goldschmidt § 95, Anm. 20, S. 986, schon früher Faselius § 8.

3) Schollmeyer § 273 1 b S. 89.

Im gemeinen Recht war ein Retentionsrecht an res extra commercium ausgeschlossen, nicht dagegen, wie auch im Bürgerlichen Gesetzbuch, an Sachen, die der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen.

Versagt war ein Retentionsrecht dem Depositar an der deponierten Sache, sowie bei Beschädigung eines Grundstücks durch fremdes Vieh dem Eigentümer des Grundstücks an dem Vieh.

Beide Fälle sind vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgenommen, dagegen ist eine Reihe von Einzelbestimmungen getroffen worden, welche ein Retentionsrecht ausdrücklich versagen, und zwar in folgenden Fällen, so

1. nach § 556 dem Mieter und nach § 581 dem Pächter an Wohnung und Grundstücken wegen der Ansprüche an Vermieter resp. Verpächter.

Diese Bestimmung ist deswegen getroffen, weil das Grundstück dem Mieter genügende Sicherheit für seine Ersatzforderung gewährt, und der Schaden, der dem Vermieter durch die Vorenthaltung der gemieteten Sache entsteht, ausser Verhältnis stehen würde zu dem Rechtsschutz, der dem Mieter gebührt.[1]

2. Dem Besitzhalter nach § 855 an der Sache des Besitzers.[2]

So hat der Dienstbote für seine rückständige Lohnforderung kein Zurückbehaltungsrecht an den Haushaltungsgegenständen der Herrschaft.[3] Der

1) Endemann S. 712, Anm. 15; Dernburg, BGB. II, S. 124, Anm. 15.

2) Endemann Anm. 15 S. 712.

3) Endemann a. a. O.

Besitzhalter ist nach der Auffassung des bürgerlichen Rechts nicht Besitzer:[1] masst sich daher der Besitzhalter den Besitz der Sache an und entzieht denselben dem Besitzer gegen dessen Willen, um mit Hülfe des Besitzes ein Retentionsrecht für seine Forderung ausüben zu können, so macht er sich verbotener Eigenmacht schuldig.

3. Dem Bevollmächtigten nach § 175 an der Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht.
4. Dem Arbeitgeber nach dem Gesetz vom 22. Juni 1889 § 108 Abs. 2 und 3 an den Quittungskarten der Alters- und Invalidenversicherung.

§ 12.

IIV. Die Abwendung des Retentionsrechtes durch Sicherheitsleistung.

Die Möglichkeit einer Abwendung des Retentionsrechtes durch Sicherheitleistung war im gemeinen Recht äusserst bestritten. Während Glück[2] dieselbe für zulässig erklärte, falls die Forderung des Retinenten noch nicht liquidiert sei, waren Schenck,[3] Groskopff[4] und Holzschuher[5] gegen Zulassung von Kautionsleistung. Die neuere Doktrin[6]

1) § 855 BGB.
2) Glück Bd. XV. S. 124; Luden S. 236; Zaun S. 427 VI
3) Schenk S. 340.
4) Groskopff S. 79.
5) Holzschuher S. 113.
6) Langfeld S. 133; Goldschmidt S. 987, Anm. 24.

nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein, indem sie im Prinzip keine Anwendung des Retentionsrechtes durch Sicherheitsleistung zulässt, da hierdurch der Zweck, den Gläubiger zur Leistung anzuregen, illusorisch werde. Jedenfalls wird die Retentionsbefugnis durch Leistung der Sicherheit dann nicht ausgeschlossen, wenn sie sich darauf gründet, dass die beiderseitigen Leistungen ein Äquivalent bilden.[1]

Zeigt dagegen der Schuldner den guten Willen zur Leistung, ist er aber tatsächlich auf Grund von Umständen, die ihm nicht zur Last fallen, an der Leistung verhindert, so würde es geradezu der Billigkeit widersprechen, wollte man trotz objektiv gleichwertiger Sicherheitsleistung ein Retentionsrecht bestehen lassen.[2] Dasselbe gilt dann, wenn der Anspruch des Retinenten bestritten ist und erst im Prozess über seine Rechtmässigkeit entschieden werden muss.[3] Falls sich ein solcher Prozess in die Länge ziehen sollte, wäre es doch unbillig, dem Retentionsgegner eine Sache vorzuenthalten auf Grund eines Anspruchs, der möglicherweise nicht einmal begründet ist. Welche Sicherheitsleistung im Einzelfalle am Platze ist, muss dem Richter überlassen werden; jedenfalls wird in der Regel Verbalkaution, Kaution durch Bürgen und Pfand nicht ausreichend sein, weil hierdurch der Retentionsberechtigte aus seiner Beklagtenrolle in die Rolle des Klägers gedrängt würde,[4]

1) Langfeld S. 132; Goldschmidt § 95 S. 987.
2) Langfeld S. 133.
3) Langfeld S. 134.
4) Goldschmidt S. 987 Anm. 24.

wohl aber Deponierung des geforderten Betrages in Geld.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 273 Abs. 3 S. 1 allgemein Sicherheitsleistung zugelassen, und zwar ist dieselbe gestattet, „solange das zur Leistung Zug um Zug verurteilende Erkenntnis noch nicht erlassen oder das erlassene erfolgreich angegriffen ist".[1] Die Vorschrift des § 273 Abs. 3, S. 1 ist in Satz 2 durch den Ausschluss der Sicherheitsleistung durch Bürgen durchbrochen, indem eine solche dem Retentionsberechtigten nicht eine gleiche reelle Sicherheit zu gewähren vermöchte.[2] Durch die Sicherheitsleistung wird aber das Retentionsrecht nicht beseitigt, sondern seine Ausübung nur suspendiert; vermindert sich demnach die Sicherheit erheblich, so lebt das Retentionsrecht wieder auf, es sei denn, dass neue Sicherheit gestellt würde. Die Sicherheitsstellung bestimmt sich abgesehen von der Ausnahmevorschrift des § 273 Abs. 3, S. 2 nach den §§ 232 ff.

§ 13.

VIII. Die Beendigung des Retentionsrechtes.

Aus der Natur des Retentionsrechtes ergibt sich, dass bei Wegfall einer der beiden Ansprüche das Retentionsrecht selbst erlischt.

Ist der Retentionsberechtigte durch Untergang der Gegenforderung von seiner Leistungspflicht frei-

1) Schollmeyer S. 92 Anm. 4.
2) Motive S. 44.

geworden, so entfällt der Gegenstand wegen dessen er noch etwas retinieren könnte. Fällt dagegen sein Anspruch fort, so geht auch für ihn die Befugnis unter, noch etwas zu retinieren.

Der Anspruch des Retentionsgegners kann, abgesehen von Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlass, Konfusion, Novation, auch, wie oben[1] eingehend gezeigt, durch Verjährung untergehen.

Dass zur Tilgung des Anspruchs des Retinenten Realoblation der Leistung in ihrem ganzen Umfang durch den Gegner genügt, und dass die nachteiligen Folgen des Annahmeverzuges in ihrer vollen Wirkung eintreten, hat bereits oben[2] Erwähnung gefunden.

Besteht das Retentionsobjekt in einer körperlichen Sache, so geht, da nach richtiger Ansicht Besitz nicht erforderlich ist, die Retentionsbefugnis noch nicht mit dem einfachen Verlust der Sache unter, sondern erst in dem Augenblick, in welchem der Retinent nicht mehr in der Lage ist, eine Besitzergreifung der Sache durch den Gegner zu verhindern. Der Retinent wird öfters in der Lage sein, sich mit der Eigentumsklage, eventuell der Klage aus § 861, wieder den Besitz zu verschaffen. Gelangt das Retentionsobjekt wieder in den Besitz des Retinenten, so lebt das Retentionsrecht von selbst wieder auf.

Hat ein Dritter ein selbständiges dingliches Recht

---

1) s. oben S. 61.
2) s. oben S. 60.

auf das Retentionsobjekt, so erlischt, wie oben gezeigt, das Retentionsrecht, sobald der Dritte sein Recht geltend macht. Ebenso erlischt es übereinstimmend mit dem gemeinen Recht sowohl durch Cession der Forderung, für welche retiniert wird, wenn nicht gleichzeitig der Cessionar die Leistungspflicht des Cedenten mit übernimmt — da, wie oben gezeigt, die Retentionseinrede nicht ohne weiteres auf den Erwerber der Forderung übergeht, als auch durch Übernahme der Leistungspflicht des Retentionsberechtigten ohne Cession der Gegenforderung —, da der Leistungspflichtige keine Forderung besitzt, für welche er seine Leistung retinieren könnte.

Dass das Retentionsrecht durch Verzicht erlischt, bedarf keiner weiteren Begründung, da es ja in der Macht des Retentionsberechtigten steht, von seinem Recht Gebrauch zu machen oder nicht. Allerdings treten die Wirkungen des Verzichtes erst ein, wenn derselbe von dem Gegner angenommen ist.[1]

Es erlischt ferner das Retentionsrecht durch Konkurs, und zwar in den oben[2] erwähnten Fällen.

Durch Zeitablauf hingegen wird eine Beendigung des Retentionsrechtes nicht herbeigeführt, da es kein selbständiges Handeln gestattet, sondern nur verteidigungsweise durch Einrede geltend gemacht werden kann.[3]

---

1) Langfeld S. 145.
2) s. oben S. 63. ff.
3) Langfeld S. 145.

§ 14.

IX. Der rechtliche Charakter des Retentionsrechts.

Die Darstellung des Retentionsrechtes in Voraussetzung und Wirkung ist zum Abschluss gebracht. Auf dieser Grundlage müsste sich eigentlich der rechtliche Charakter mit Leichtigkeit bestimmen lassen. Dennoch erwachsen bedeutende Schwierigkeiten, weil die Rechtslehrer wie in Aufstellung der Voraussetzungen, so auch in Bestimmung des rechtlichen Charakters oft grundverschiedener Meinung sind.

Die Ansicht der ältesten Autoren,[1] welche im Retentionsrecht nur den Ausfluss des Besitzes erkennen, kann als veraltet bezeichnet werden, da man längst erkannt hat, dass das Retentionsrecht nicht Besitz der Sache erfordert, sondern dass der Besitz da, „wo er vorkommt, nur ein einzelnes Tatbestandsmoment bildet".[2]

Die von Glück[3] in späterer Zeit vertretene Ansicht, dass das Retentionsrecht ein Fall der Selbsthülfe sei, ist gleichfalls zu verwerfen, da der Retinent nicht auf Grund von Eigenmacht, sondern mit Hülfe des Richters und der Mittel, die der Richter ihm gewährt, Befriedigung erlangt. Schenk[4] sucht den Begriff des Retentionsrechtes zu definieren als ein accessorisches, unteilbares, persönliches, nicht sub-

1) Glück Bd. II S. 585 und s. die bei Schenck S. 38 Anm. 2 Citierten, Faselius § 4 Anm. 3.

2) Langfeld S. 149.

3) Glück Bd. XV S. 122.

4) Schenck S. 69.

sidiäres Recht, — „ein für sich bestehendes, keinem anderen Recht wie Teil angehöriges“ Recht, welches zwar in der Form einer exceptio doli prozessualisch geltend gemacht werde, dennoch materiell in dem Begriff der exceptio doli nicht aufgehe.[1] Mit der Aufstellung dieser Theorie, setzt sich Schenck in geraden Gegensatz zu Savigny,[2] Arndts,[3] Puchta,[4] Sintenis,[5] welche das Vorhandensein eines selbständigen Rechtsbegriffes leugnen und das Retentionsrecht auch materiell als eine blosse Erscheinungsform der exceptio doli gelten lassen, „welche sich von anderen Anwendungen dieser exceptio nur faktisch und zufällig unterscheide“.[6] Da jedoch tatsächlich die Retentionseinrede sich von anderen Anwendungsfällen der exceptio doli durch besondere Eigentümlichkeiten in Voraussetzung und Wirkung unterschied, so gelangte im gemeinen Recht die Schenck'sche Auffassung, welche, wie oben gezeigt, das Retentionsrecht als ein selbständiges Recht betrachtet, zu allgemeiner Geltung.

Die von Schenck vertretene Ansicht ist die herrschende geworden und wird geteilt u. A. von Lenz,[7] Dernburg,[8] Windscheid,[9] v. Keller,[10]

1) Schenck S. 39.
2) v. Savigny, Das Recht des Besitzes, § 3 a. E.
3) Arndts, Civil. Schriften, I S. 99 ff.
4) Puchta Pand. § 94 S. 139.
5) Sintenis, Civil. II § 91 Anm. 75 S. 167.
6) v. Savigny, Besitz, § 3 a. E.
7) Lenz S. 379.
8) Dernburg, Kompens. S. 367.
9) Windscheid S. 462 § 351.
10) v. Keller, Pand. § 93 S. 184, 185.

Goldschmidt,[1] Langfeld.[2] Durch die Erörterung dieser Kontroverse sind wir unserem Ziele insofern nur wenig näher gerückt, als hierdurch, wie Dernburg richtig bemerkt, nur die äussere Form der Geltendmachung hervorgehoben wird. Aber auch Dernburg[3] gelangt nicht zu einer befriedigenden Lösung, wenn er die juristische Eigentümlichkeit des Retentionsrechtes darin sieht, „dass es die Erzwingbarkeit eines an sich unbedingten Rechtes von der Bedingung einer vorgängigen oder gleichzeitigen Gegenleistung des Klägers abhängig macht."

Die Versuche anderer, das Retentionsrecht als eine Abart der Kompensation oder eine Unterart des Pfandrechts zu erklären, sind m. E. gänzlich verfehlt.

Mit beiden Rechtsinstituten hat das Retentionsrecht zwar Ähnlichkeiten gemeinsam, jedoch ist sowohl die juristische Konstruktion, noch auch die Wirkung eine grundverschiedene.[4]

Ebensowenig kann es als eine Art des Sicherungsarrestes bezeichnet werden, da letzterer nur wegen gefährdeter Ansprüche zulässig ist und durch den Richter verhängt werden muss.[5]

Auch der Goldschmidt'schen Ansicht[6] ist nur insoweit beizustimmen, als er das Retentionsrecht ein eigentümliches, von allen anderen Rechten

1) Goldschmidt S. 966 Anm. 10, 967.
2) Langfeld S. 15 und 16.
3) Dernburg, Kompensation, S. 367.
4) Goldschmidt S. 982.
5) s. bei Goldschmidt S. 983.
6) Goldschmidt S. 967.

verschiedenes Vermögensrecht nennt, wobei er jedoch es unterlässt, auf den negativen Inhalt des Retentionsrechtes hinzuweisen.

Mit Recht betont Crome[1] dieses Moment mit den Worten: „Die Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes ist also eine rein negative". „Es bildet ein Schutzmittel eigener Art zwischen Selbsthülfe und Gerichtshülfe". „Das Zurückbehaltungsrecht ist weder ein persönliches, noch ein dingliches Recht, obschon es persönlichen und dinglichen Ansprüchen wirksam gegenüber treten kann. Es ist eine diesen Ansprüchen entgegenstehende Einrede". Auf dieser Stelle sei auch auf einen erst in neuerer Zeit entstandenen Begriff hingewiesen, welcher zwar in seiner allgemeinen Bedeutung keine spezielle Definition des Zurückbehaltungsrechtes zu geben vermag, dennoch zu der Erkenntnis seines rechtlichen Charakters beitragen kann — der von Zitelmann gefundene Begriff „der Rechte des rechtlichen Könnens". Der enge Rahmen unserer Arbeit gestattet nicht, diesen Begriff näher zu erörtern; er sei nur insoweit festgestellt, als die Rechte des rechtlichen Könnens einer bestimmten Person die Möglichkeit gewähren, „durch eine Willenserklärung eine Rechtswirkung, an der sie, sei es für sich, sei es für einen Dritten, ein Interesse hat, herbeizuführen, oder eine ihr unvorteilhafte Rechtswirkung zu hindern".[1]

---

1) Crome, System des deutsch. bürgl. Rechts, Teil I § 124 S. 545 ff.

1) Zitelmann, Intern. Priv. Recht II S. 43.

Am umfassendsten und richtigsten trifft m. E. Langfeld[1] den rechtlichen Charakter des Retentionsrechtes, indem er es folgendermassen definiert: „Das Retentionsrecht ist seinem rechtlichen Gehalt nach ein Verteidigungsmittel gegenüber einem Anspruch, welcher nur indirekt der Realisierung eines Gegenanspruchs dient. Und die Form, in welcher es prozessualisch geltend gemacht wird, ist die Einrede".

Seinen wesentlichen Eigenschaften nach ist das Retentionsrecht als ein accessorisches, eigentümliches, unteilbares, persönliches, nicht subsidiäres Recht zu bezeichnen.[2]

Accessorisch[3] insofern, als es ohne die Forderung, für welche retiniert wird, weder entstehen, noch bestehen kann,

eigentümlich,[4] als es mit keinem anderen Rechtsinstitut vermengt werden kann,

unteilbar, als es sich, wie oben gezeigt, trotz teilweiser Erfüllung des Gegenanspruchs auf das ganze Retentionsobjekt erstreckt,

persönlich, als es nur gegen den Gegner und dessen Rechtsnachfolger, nicht gegen dritte dinglich Berechtigte unwirksam ist,

nicht subsidiär,[5] als es nicht nur dann Platz greift, wenn der Anspruch klaglos ist, sondern

1) Langfeld S. 150.
2) Schenck S. 69.
3) Schenck S. 69; Holzschuher S. 115; Sintenis, Civilrecht II § 91 Anm. 75 S. 168; Goldschmidt S. 984.
4) Schenck § 4; Lenz S. 379; Goldschmidt § 93.
5) Schenck S. 73; Holzschuher S. 116; Goldschmidt § 93 S. 964.

ebenfalls dann, wenn derselbe im Wege der Klage eralisiert werden kann.

§ 15.

B. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Der erste Teil unserer Arbeit, die Darstellung des Retentionsrechtes im technischen Sinne, ist zum Abschluss gebracht.

Bisher hat die „exceptio non adimpleti contractus" des gemeinen Rechts respektive die „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" des bürgerlichen Rechtes,[1] noch keine Berücksichtigung gefunden. Dieses ist in bestimmter Absicht geschehen, weil es durchaus bestritten ist, ob die Einrede eine Unterart oder Abart des technischen Zurückbehaltungsrechtes ist, oder demselben gänzlich fern steht. Während sich im letzteren Falle eine Verbindung der beiden Institute an und für sich schon ausschliesst, so ist in ersteren wenigstens eine Trennung im Interesse der Übersichtlichkeit durchaus zu befürworten.

Am Schlusse des zweiten Teiles wird eine Gegenüberstellung der beiden Institute erfolgen und gleichzeitig über die Frage ihrer Zusammengehörigkeit entschieden werden.

Nach § 320 Abs. 1 Satz 1 kann, „wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegen-

1) § 320 BGB.

leistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist."

Während hierdurch prinzipiell für das bürgerliche Recht der Grundsatz Anerkennung findet, dass bei gegenseitigen Verträgen jedem der Vertragschliessenden die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zusteht, bedarf es wenigstens einer kurzen Untersuchung, ob derselbe Grundsatz auch für das gemeine Recht Geltung hat. Ohne weiteres scheiden die einseitigen Verträge aus, da die Geltendmachung der Einrede nur dann denkbar ist, wenn beide Teile berechtigt und verpflichtet sind. Bei den zweiseitigen Verträgen ist zu unterscheiden zwischen den vollkommen und den unvollkommen zweiseitigen Verträgen. Bei letzteren entstehen erst nach Abschluss des Vertrages, welcher ursprünglich nur auf einer Seite eine Verpflichtung, auf der anderen eine Berechtigung erzeugt, beiderseitig Berechtigungen und Verpflichtung. Es kann aber der neue Gläubiger wegen seines erst später entstandenen Anspruchs die Gegenleistung nicht mit der exceptio non adimpleti contractus verweigern, da sich sein Anspruch nicht auf den ursprünglichen Vertrag gründet, sondern auf erst später entstandene besondere Umstände. Folglich kann auch im gemeinen Recht die exceptio nur bei vollkommen zweiseitigen — gegenseitigen — Verträgen geltend gemacht werden. Auf Grund vorstehender Begründung kann die gegenteilige Ansicht von Treitschke[1] als widerlegt gelten, welcher

1) Treitschke, Arch. f. d. c. Prax. Bd. XXII, S. 430.

zwar nicht gegenüber den actiones directae, wohl aber gegenüber den actiones contrariae die Einrede zulassen will.

I. Die Voraussetzungen der Einrede.

Die gemeinsamen Voraussetzungen für das gemeine Recht und für das Bürgerliche Gesetzbuch sind zwei fällige, einem gegenseitigen Vertrage entspringende Forderungen, bei denen jede Partei gleichzeitig Gläubiger und Schuldner ist. Dem Erfordernis der Konnexität entspricht bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Gegenseitigkeit der beiden Forderungen. Das Wesen der synallagmatischen Verträge besteht darin, dass jede Partei gleichzeitig Gläubiger und Schuldner ist, und die eine Leistung ein Aequivalent für die andere bildet.

Auf Grund welcher gegenseitigen Beziehungen zwischen den beiden Leistungen der Austausch sich vollzieht, war im gemeinen Recht lebhaft bestritten.

Entweder sind die Obligationen in der Weise von einander abhängig, dass die eine nur mit der anderen entstehen und bestehen kann, oder es besteht jede Obligation getrennt von der anderen und kann nur keine Partei Erfüllung verlangen, wenn sie nicht ihrerseits das Versprochene geleistet hat.

Im gemeinen Recht haben sich hauptsächlich 4 Theorien gebildet:

1. Die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen sind von einander unabhängig, der Wegfall der einen berührt die andern nicht.[1]

2. Die beiden von ihm erzeugten Obligationen sind nur zwei Seiten ein und derselben Obligation.[2]

3. Es entstehen an sich zwei selbständige Obligationen, aber die selben sind unter einander verknüpft, derart, dass jeder nur einen Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung hat.[3]

4. Es entstehen zwei vollständig selbständige Obligationen „aber jeder Kontrahent ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeiten aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn auch der andere Kontrahent sie erfüllt".[4]

Die erstgenannte Auffassung, welche überhaupt das juristische Synallagma beim gegenseitigen Vertrage leugnet, geht nicht weit genug, die zweite, welche nur eine Obligation mit wechselseitigen Leistungen annimmt, geht zu weit.[5]

Die Keller'sche Theorie kennzeichnet sich besonders dadurch, dass Keller „das Synallagma wesentlich" in den Vollzug verlegt. Die Verbindlichkeit

---

1) Dernburg, Kompens., S. 77, ferner die bei Windscheid, S. 304 citierten.

2) Liebe, Stipulation, S. 248 ff.

3) Keller, Jahrb. des gem. Rechts, IV. Bd., S. 338 ff.; Keller, Pand., S. 474; Baron, Pand., S. 334 II.

4) Windscheid, Pand., § 321, S. 297, Anm. 2; Heerwart, A. 6 Pra., VII, S. 335 ff.; ähnlich Thon, S. 47 ff.; Kohler, Recht und Prozess, in Grünhut's Zeitschr., Bd. 14, S. 18; auch Andrèe, S. 28, wenigstens im Resultat übereinstimmend.

5) Ebenso Windscheid, S. 297, Anm. 2, § 321; gegen die Liebe'sche Ansicht eingehend Bernhöft, S. 185 ff.

jedes Teiles ist zu leisten gegen Empfang der Gegenleistung, die letztere ist als solche gewissermassen gar nicht in obligatione, sondern in condicione.[1]

Gegen diese Theorie richtet sich Windscheid,[2] indem er darlegt, dass die Gegenleistung keine Minderung der Leistung, sondern ein Äquivalent für diese Leistung sei. Fordert daher der eine Kontrahent, ohne die Leistung gemacht oder angeboten zu haben, die Gegenleistung, so fordert er nicht zu viel, sondern er verstösst nur gegen die Absicht des Vertrages.

Allein mit der Annahme zweier selbständiger Obligationen lässt sich die Lehre von der Gefahrtragung beim Kauf vereinbaren, denn durch den Untergang der verkauften Sache wird der Verkäufer frei, während die Leistungspflicht des Käufers unabhängig von der Gegenleistung bestehen bleibt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch fällt in dem Streit des gemeinen Rechts bezüglich der Selbständigkeit der beiden Forderungen keine Entscheidung. Man ist demnach angewiesen, aus den einzelnen Gesetzesstellen die Konsequenzen zu ziehen. Einerseits lässt die Bestimmung des § 323, dass bei von keinem Teil zu vertretender Unmöglichkeit der Teil, dessen Leistung unmöglich geworden ist, den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, auf eine starke Abhängigkeit der beiden Forderungen schliessen. Andererseits ist nach den Motiven[3] das Prinzip verworfen,

1) Bechmann, Der Kauf nach gem. Recht, II, S. 180.
2) Windscheid, Pand., § 321, S. 297, Anm. 2.
3) Motive, S. 200.

dass jeder Teil bei gegenseitigen, Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen die ihm gebührende Leistung erst dann verlangen könne, wenn er vorgeleistet habe, vielmehr kann jeder auf die gegnerische Leistung Klage erheben, ohne selbst Erfüllung zu behaupten. In diesem Falle fordert er nicht zu viel, sondern verstösst nur gegen die Parteiabsicht.[1] Nach § 322 erfolgt sogar Verurteilung des Beklagten, allerdings nur auf Leistung Zug um Zug. Aus diesen Belägen lässt sich, was auch die herrschende Meinung anerkennt, auf eine gewisse Selbständigkeit der beiden Forderungen schliessen. Auch Schollmeyer[2] erkennt nur insofern eine Abhängigkeit von Versprechen und Gegenversprechen an, als die Verpflichtung des einen Teiles nur bei gültigem Bestehen derjenigen des andern Teils entstehen kann — „sogenannte genetische Abhängigkeit — und als die Verpflichtung des einen Teiles nicht ohne Rücksicht auf die des anderen geltend gemacht werden kann — sogenannte funktionelle Abhängigkeit —,[3] letzteres jedoch entsprechend den Motiven[4] in dem oben dargelegten Sinn.

II. Die Realisierung der Einrede im Prozess.

§ 16.

Eng verknüpft mit dem Streit über die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge ist die Frage

1) Matthiass, § 86, S. 350.

2) Schollmeyer, S. 186, Vorbem.

3) Schollmeyer, S. 186 Vorbem.; Oertmann, S. 67 Vorbem.; Matthiass, § 86, S. 350; Stammler, § 29, S. 97.

4) Motive, S. 200.

nach dem Mittel, mit welchem der Beklagte sein Recht, die Leistung zu verweigern, geltend macht. Stellt man sich auf den unrichtigen Standpunkt der Keller'schen Theorie, so haben wir es bei der exceptio non adimpleti contractus nicht mit einer wahren Einrede zu tun, sondern mit Klagleugnung, von anderen auch negative Litiscontestation genannt. An und für sich spricht der Ausdruck exceptio non adimpleti contractus nicht gegen die Keller'sche Ansicht, da die Bezeichnung keine quellenmässige ist, sondern erst einer späteren Zeit, etwa dem Mittelalter, ihre Entstehung verdankt.[1] Wenn nach Keller jeder Partei nur ein Anspruch auf Austausch der gegenseitigen Leistung zusteht, so muss der Kläger den Nachweis der Erfüllung führen. Klagt nun der Kläger schlechthin auf Leistung, ohne selbst erfüllt zu haben, so kann der Beklagte einfach leugnen, dass dem Kläger ein derartiger Anspruch zustehe, und der Kläger ist mit seiner Klage abzuweisen. Bei Nichterscheinen des Beklagten dagegen erfolgt, falls der Kläger Erfüllung seinerseits nicht behauptet, Verurteilung des Beklagten Zug um Zug.[2]

Nach der entgegengesetzten, Windscheid-schen Theorie,[3] welcher sich die meisten neueren

1) Endemann, I, § 125, S. 700.

2) Derselben Ansicht Schenck, A. C. Pra., Bd. XVII, S. 111; Treitschke, A. C. Pra., Bd. XXII, S. 286; Lang in Schenck's Jahrb. d. jur. Litteratur (15—18) S. 195; Glück, Bd. XVII, S. 229 ff.; Baron, Pand., § 215, S. 334; Sintenis, Civilr., II, § 97, Anm. 61, S. 288; Bruck, Die Beweislast, S. 35.

3) Ebenso Heerwart, A. C. Pra., Bd. VII, S. 348; Bd. XVIII, S. 394; Holzschuher, § 243, S. 358; W. A. Puchta, Jahrb. d. gem. R., V, S. 94 ff.; Bekker, Jahrb. d. gem. R., S. 116 ff.; Bernhöft, Jahrb. für Dogm., XIV, S. 184 ff.; G. F. Puchta, § 232; v. Vangerow, Bd. III, § 607, S. 305; Bechmann, Der Kauf, II, S. 180 ff.; Andrée, S. 47; Dernburg, Kompens., S. 77 ff.

Schriftsteller angeschlossen haben, bestehen zwei selbständige Ansprüche. Jede Partei kann schlechthin auf Leistung klagen, ohne ihr Vorbringen auf die bereits geschehene Erfüllung zu stützen. Denn es ist keineswegs die Pflicht des Klägers, im voraus den Ausflüchten zu begegnen, welche möglicherweise der Beklagte vorbringen wird. Dieser hat vielmehr die Nichterfüllung seitens des Gegners vermittelst der exceptio geltend zu machen. Er leugnet daher auch garnicht seine vom Kläger behauptete Leistungspflicht, nur steht ihm das Recht zu, nicht eher zu leisten als der Kläger. Dieses Recht macht er geltend mit einer dilatorischen Einrede. Zu demselben Resultate gelangt auch Andrée,[1] welcher in den Quellen keine direkte Enscheidung trotz verschiedentlichen Vorkommens des Ausdrucks „exceptio" finden zu können glaubt. Bei der zweifelhaften Auslegung der Stellen könne das Vorkommen der exceptio nicht ausschlaggebend sein, wohl dagegen die Zweckmässigkeit. Die Rechtsordnung aber handelt am zweckmässigsten, wenn sie dem Beklagten Schutz in der Form gewährt, dass sie ihm eine Einrede gibt, welche er zwar vorschützen kann, aber nicht braucht.[2] Im Versäumnisverfahren ist dementsprechend der Beklagte, welcher sein Gegnerrecht nicht geltend macht, zu verurteilen, selbst dann, wenn die Möglichkeit einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus dem eigenen Vorbringen des Klägers sicher hervorging.[3]

1) Andrée, S. 44–47.
2) Andrée, S. 44–47.
3) Stammler, Schuldverhältnisse, S. 98.

Der Richter darf eine echte Einrede von Amtswegen nicht berücksichtigen, zumal er nicht wissen kann, ob der Beklagte aus bestimmten Gründen die Einrede nicht vorbringen will.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich letzterer Theorie angeschlossen.[1]

Nach § 320 B. G. B. ist der aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichtete berechtigt, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, falls er nicht vorleistungspflichtig ist. Macht der Beklagte im Prozess sein Recht geltend, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern — es ist nicht gesagt, der Beklagte könne seine Leistung als solche schlechthin verweigern, sondern nur unter den angegebenen Umständen, an und für sich liegt seine Leistungspflicht ihm weiter ob, — so gibt er hierdurch zugleich das Bestehen seiner Leistungspflicht zu.

Vor allem würde das Leugnen des gegnerischen Klageanspruchs niemals eine Verurteilung Zug um Zug,[2] sondern notwendigerweise Abweisung der Klage herbeiführen. Der Beklagte kann nicht behaupten, dass seine Verpflichtung noch gar nicht bestehe, er „muss vielmehr zugeben, dass er an sich verpflichtet sei, dass ihm aber ein besonderes gegen-

1) Cosack, Bd. 1, S. 305, § 86; Crome, II, S. 172, § 169; Dernburg, II, S. 203; Kuhlenbeck, I, S. 221, Anm. 1, § 320; Matthiass, I, S. 352, § 86; Oertmann, S. 68, Anm. 1; Planck, II, S. 92, Anm. 1; Stammler, S. 96; v. Buchka, S. 68; Krückmann, S. 185, § 50; Meisner, § 320, S. 46; Neumann, § 320, Anm. 1; Scherer, § 320, S. 154 ff.

2) BGB. § 322.

teiliges Recht zustehe, welches bei der richtigen Feststellung Berücksichtigung verdienen."[1]

Dieses Recht macht er geltend vermittelst einer dilatorischen Einrede.

Eine besondere Auffassung vertritt Endemann,[2] welcher zwar die gleichen Konsequenzen zieht wie die herrschende Lehre, dennoch die Bezeichnung „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" in § 202 Abs. 2 für unangebracht hält, da nur dann eine echte Einrede gegeben sei, wenn der Beklagte zur Verweigerung der Erfüllung berechtigt sei und das Urteil auf Abweisung der Klage lautet; „geltend gemacht wird vielmehr die wechselseitige materielle Abhängigkeit der Erfüllungspflichten, der Kläger begehrt mehr als ihm gebührt.[3] Die Begründung von Endemann ist m. E. nicht überzeugend genug, einen so allgemein anerkannten Ausdruck, dessen sich sämtliche oben genannten Autoren sowie das Bürgerliche Gesetzbuch in § 202 Abs. 2 ohne Bedenken bedienen, aus dem Wege zu räumen.

Im Widerspruch mit der eben vertretenen Ansicht stehen nur Landé,[4] Engelmann[5] und Heilfron.[6] Sie teilen die schon im gemeinen Recht von Keller hartnäckig verteidigte Ansicht, dass unsere Einrede keine wahre Einrede, sondern

1) Oertmann, § 320, Anm. 1, S. 68; Stammler, S. 96.
2) Endemann, S. 701, Anm. 10.
3) Endemann, S. 701, Anm. 10
4) Landé, § 320, Anm. 5, S. 87.
5) Engelmann, S. 217 ff.
6) Heilfron, II, § 25, S. 210 ff.

Leugnen des Klagegrundes — negative Litiscontestation — sei. Während Landé und Engelmann ohne auch nur die geringste Begründung diese Ansicht vertreten, macht Heilfron wenigstens einen Versuch der Begründung: Der Kläger habe die Schlüssigkeit seiner Klage zu beweisen, abgesehen vom Falle vereinbarter oder gesetzlicher Vorleistungspflicht kann der Kläger nur Leistung gegen Gegenleistung beanspruchen, dieses folge aus der Natur des gegenseitigen Vertrages.

Der Fehler der Heilfron'schen Ansicht beruht auf der falschen Auffassung von der Natur des gegenseitigen Vertrages. Nach ihm stehen beim gegenseitigen Vertrage „Leistung und Gegenleistung in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnisse zu einander", indem kein Teil vom Gegner die Vertragsleistung verlangen darf, ohne die ihm obliegende zu bewirken.[1]

Die Abhängigkeit der beiden Leistungen ist jedoch keineswegs eine notwendige, denn es steht im freien Belieben des Beklagten, entweder dem Klagebegehren des Gegners nicht zu widersprechen und so eine Verurteilung schlechthin oder von dem Verweigerungsrecht Gebrauch zu machen und eine Verurteilung Zug um Zug herbeizuführen. Da es von dem Willen des Beklagten abhängt, diese verschiedenen Wirkungen herbeizuführen, so kann das Abhängigkeitsverhältnis der beiden Verpflichtungen kein notwendiges sein, wohl aber ein beschränktes — wie oben gezeigt —, indem es grade im Belieben

1) Heiltron, S. 210 ff.

des Beklagten steht, durch Geltendmachung der Einrede Berücksichtigung seines Gegenrechts herbeizuführen. Einerseits ergibt sich aus der falschen Auffassung von dem Wesen des gegenseitigen Vertrages die Unrichtigkeit der hieraus gezogenen Schlüsse, andererseits ist die gegnerische Ansicht ausreichend begründet, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass wir es auch für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mit Klagleugnung zu tun haben.

Diese Auffassung finden wir bestätigt in § 366 des ersten Entwurfs. Nach den Protokollen[1] beschloss die zweite Kommission die Übertragung des § 366 auf den zweiten Entwurf. Die Redaktionskommission verzichtete jedoch auf die Aufnahme eines besonderen Paragraphen, indem der Gedanke des § 366 inhaltlich vollständig enthalten war in § 273 des zweiten Entwurfs, welcher seinerzeit vom Bürgerlichen Gesetzbuch in § 322 seinem Inhalte nach aufgenommen ist.

Die ganze Streitfrage hat praktisch, wenn man nicht aus der einen oder anderen Ansicht unrichtige Konsequenzen zieht,[2] lediglich prozessuale Bedeutung im Versäumnisverfahren. Schliesst man sich der Ansicht von Keller an, so muss die Klage im Versäumnisverfahren, wenn der Kläger Erfüllung seinerseits nicht nachweist, zurückgewiesen werden, da ja Erfüllung zum Klagegrunde gehöre. Folgt man dagegen des herrschenden Ansicht, so muss auch ohne Nachweis der Erfüllung seitens des Klägers

1) Protokolle, Bd. I, S. 632.
1) Windscheid, II, S. 237, Anm. 2.

der Beklagte, welcher der Verhandlung fern bleibt, schlechthin verurteilt werden, es sei denn, dass der klägerische Anspruch an und für sich nicht begründet erschiene.[1]

Bezüglich der Beweislast gelangen beide Theorien zu demselben Resultat.

Betrachtet man die exceptio als Leugnen des Klageanspruchs, so verteilt sich die Beweislast ipso iure zu Ungunsten des Klägers.

Nicht so einfach gelangt die herrschende Meinung zu demselben Resultat. Denn während vereinzelte Anhänger derselben den Beklagten mit dem Beweise belasten wollen, da echte Einreden vom Beklagten zu beweisen seien, sucht Windscheid[2] den scheinbaren Widerspruch folgendermassen zu erklären: „Denn in dieser Einrede beruft sich der Beklagte nicht sowohl darauf, dass der Kläger noch nicht geleistet habe, als vielmehr darauf, dass aus dem Vertrage, aus welchem er fordere, eine Verbindlichkeit auch für ihn selbst hervorgegangen sei, und dass er nach der Absicht des Vertrages nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Beklagten fordern könne, so lange jene Verbindlichkeit bestehe".[3]

Der Beklagte hätte folglich das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages zu beweisen, doch bleibe ihm der Beweis erspart, „weil der Kläger selbst die Klage aus dem Synallagma bereits hat begründen müssen".[4]

1) Stammler, S. 98.
2) Windscheid, II, S. 297, Anm. 3; Andrée, S. 47.
3) Windscheid, S. 297, § 321, Anm. 3; Planck, II, S. 95, § 322, Anm. 1.
4) Oertmann, S. 68, Anm. 2; Eneccerus u. Lehmann, S. 448, § 182.

Will der Kläger der ihm lästigen Folge aus dem synallagmatischen Vertrage entgehen, so muss er Erfüllung seinerseits oder Vorleistungspflicht des Beklagten beweisen. [1]

Dass die gleichen Grundsätze auch auf das Bürgerliche Gesetzbuch Anwendung finden, ergibt sich einerseits aus den Protokollen Bd. I S. 632, als auch besonders aus Schluss a contrario aus § 363, welcher ausnahmsweise in diesem einen Falle dem Beklagten die Beweislast auferlegt.

Nicht zu verwechseln ist die Geltendmachung der Einrede mit dem besonderen Falle, dass die Parteien über den Inhalt des zu Grunde liegenden Vertrages uneinig sind; hier macht der Beklagte keine Einrede geltend, sondern bestreitet lediglich das Klagefundament.

Als Besonderheiten hinsichtlich der Beweislast bedürfen ferner die Fälle der Erwähnung, dass entweder der Kläger vorzuleisten hat, oder der vorleistungspflichtige Beklagte auf Grund § 321 die Vorleistung verweigert.

In beiden Fällen trifft die Beweislast den Beklagten, und zwar hat derselbe im ersten Falle zu beweisen, dass der Kläger auf Grund des Vertrages oder gesetzlicher Vorschrift vorzuleisten verpflichtet ist, [2] im zweiten Fall, welcher der gemeinrechtlichen clausula rebus sic stantibus entspricht, dass eine Vermögensverschlechterung, und zwar eine nach Ab-

1) Vergl. für BGB.: Oertmann, S. 68; Stammler, S. 98; Endemann, S. 701; Matthiass, S. 352, § 86; Schollmeyer, S. 193, § 322; Eneccerus-Lehmann, S. 448, § 182; Planck, § 322, S. 95 ff.

2) Scherer, S. 159, § 320, Anm. 6, S. 162, § 322, Anm, 2.

schluss des Vertrages entstandene, auf Seiten des Klägers eingetreten ist.

Die regelmässige Beweislast wird durchbrochen durch den schon erwähnten Fall des § 363, „der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages“ — „der exceptio non rite adimpleti contractus“ des gemeinen Rechts. Mit der Prüfung der Beweislast ist eng verknüpft die Untersuchung der gemeinrechtlich äusserst bestrittenen Frage, ob sich eine Trennung der exceptio non rite adimpleti contractus von der exceptio non adimpleti contractus rechtfertigen lässt. Das Anwendungsgebiet dieser sogenannten exceptio non rite adimpleti contractus erstreckt sich auf die Fälle teilweiser, unvollständiger mangelhafter Leistung und der Leistung an etwas anderem, als dem Geschuldeten.

Wirkungen und Charakter der exceptio non rite adimpleti contractus sind im gemeinen Rechte äusserst bestritten gewesen, insbesondere hat die Frage nach der Beweislast nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet.

Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung[1] erkennen Keller,[2] Dernburg[3] und gewissermassen auch Andrée[4] die Existenzberechtigung einer exceptio non rite adimpleti contractus für die oben genannten Fälle an.

Andrèe[5] sondert vorab von der Einrede des

1) S. unten S. 96.
2) Keller, Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts, IV. Bd., S. 369
3) Dernburg, Pandekten, II, § 21.
4) Andrée, § 6, S. 48 ff.
5) Andrée, a. a. O.

nicht gehörig erfüllten Vertrages solche Einreden, durch welche selbständige Rechte auf Schadensersatz, Wandlung, Minderung geltend gemacht werden. Zu einer Verbindung und einheitlichen Regelung der Einrede des nicht und des nicht gehörig erfüllten Vertrages gelangt er nicht, wenn er auch beiden Begriffen gleiche Wirkung und gleichen Charakter zuerkennt und dieselben sich nur bezüglich der Beweislast unterscheiden lässt. Letztere regelt sich bei der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages in der Weise, dass der Kläger Erfüllung zu beweisen hat, „aber er genügt dieser Verpflichtung, wenn er diejenigen Tatsachen behauptet und beweist, welche unter normalen Verhältnissen Erfüllung begründen würden".. Behauptet der Beklagte aber Tatsachen, „welche die Erfüllung ausnahmsweise ausschliessen, so hat er diese Tatsachen zu beweisen".[1]

Die herrschende Meinung[2] erklärt sich grundsätzlich gegen den Begriff der exceptio non rite adimpleti contractus, und zwar gelangt sie zu folgendem Schlusse:

„Die exceptio non rite adimpleti contractus ist keine selbständige Einrede,

---

1) Andrée, S. 59 und 60.

2) Windscheid, Pand., II, § 321, Anm. 5; Glück, Bd. XVII, S. 231; Schenck, A. C. Pra., XX, S. 231 ff.; Treitschke, A. C Pra., XXII, S. 434 ff.; Heerwart, A. C. Pra., Bd. VII, S. 353 ff.: W. A. Puchta, im Jahrb. des gem. deutsch. R., V. Bd., S. 96; Bekker, Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts, Bd. V, S. 117; Bruck's Beweislast beim Kauf. S. 84.

1. wo dieselbe vorgeschützt wird, liegt entweder eine verschleierte Einrede des nicht erfüllten Vertrages vor, oder,

2. eine Einrede, welche ein selbständiges Recht geltend macht, nämlich die Wandlung des Vertrages, Minderung des Kaufpreises, Schadensersatz u. s. w.[1]

Was den ersten Punkt betrifft, so liegt nach Puchta[2] der Grund für die irrtümliche Trennung der beiden Einreden in der Vermischung der Begriffe, Erfüllung und Leistung. Dieselben sind scharf von einander zu trennen. „Es kann wohl unvollständig geleistet, aber niemals unvollständig erfüllt werden“;[3] nur dann hat Jemand erfüllt, wenn die Leistung vollständig erfüllt ist. Der Schein einer unvollständigen Erfüllung könnte dann vorliegen, wenn die Leistung teilbar ist und der Schuldner teilweise erfüllt hat; jedoch hat sich tatsächlich die ursprüngliche Obligation in zwei oder mehrere selbständige Obligationen gespaltet, von denen eine erfüllt ist.[4]

Somit dürfte erwiesen sein, dass die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages jeglichen Anspruchs auf Selbständigkeit entbehrt.

Mit der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages dürfen ferner solche Einreden nicht verwechselt werden, welche selbständige Rechte wie Wandlung, Minderung oder Schadensersatz geltend

---

1) S. bei Andrée, S. 52.
2) Puchta, S. 97.
3) Puchta, a. a. O.
4) Puchta. a. a. O.

machen. In diesem Falle ist zwar erfüllt, jedoch wird die Erfüllung selbst eine Quelle neuer Verbindlichkeiten. Diese „leiten sich nicht aus dem Kaufvertrage, sondern aus dem erfüllten Kaufvertrage her.“ [1] Puchta [2] erläutert die irrtümliche Anwendung einer Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages an folgendem Beispiel: Bei dem Verkauf eines Pferdes wird anstatt des Pferdes A. dem Käufer das Pferd B. tradiert. Da hier etwas gänzlich anderes geleistet wird, als im Vertrage ausbedungen war, so kann der auf Zahlung des Kaufgeldes Verklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen, denn „die in der Tradition liegende Übereinkunft wird durch den error in corpore unwirksam gemacht.“ Anders verhält es sich in den Fällen, in welchen die Sache evinziert wird oder ihr eine vorbedungene Eigenschaft fehlt oder die Sache an einem wesentlichen beim Vertragsabschluss schon vorhandenen, nicht ganz augenscheinlichen Fehler krankt. Hat in diesen drei Fällen der Beklagte die Leistung des Klägers ohne Rüge, und zwar als Erfüllung angenommen, so kann er nicht mit der exceptio non adimpleti contractus den Mangel der Erfüllung, sondern nur den Mangel aus dem Kauf wegen Eviktion oder aus dem Kauf wegen des Fehlens einer vorbedungenen Eigenschaft oder aus dem aedilitischen Edikt wegen eines heimlichen Mangels gelten machen. [3] Der Beweis des Mangels hat der Beklagte zu führen.

1) Puchta, S. 99.
2) Puchta, S. 100.
3) Puchta, S. 100, 101; ebenso Heerwart, A. C. Pra., VII, S. 359 ff.

v. Vangerow[1] unterscheidet zwei verschiedene Fälle:

1. Soll nämlich nur „die Rückbehaltung der eigenen Leistung bis zur gehörigen Erfüllung von Seiten des Klägers effektuiert werden, so ist kein Unterschied zwischen der exceptio non adimpleti und non rite adimpleti und der Kläger muss den Beweis führen."

2. „Soll aber durch jene Einwendung bewirkt werden, dass der Vertrag wieder aufgehoben oder der Kläger zu einer Entschädigung verpflichtet werde, dann ist diese Einwendung wesentlich von der exceptio non adimpleti contractus verschieden."

„Der Beklagte muss ganz ebenso den Beweis führen . . . wie wenn er zur Erreichung jener Zwecke mit den entsprechenden Klagen aufgetreten wäre.

Gegen die Unterscheidung der beiden Begriffe wendet sich auch Sintenis.[2] Die Retention wegen nicht gehöriger Erfüllung stehe der Retention wegen Nichterfüllung, bis sie erfolge, gleich, demnach sei die Bezeichnung der exceptio als einer besonderen unrichtig und überflüssig.

In Übereinstimmung mit Puchta sondert auch Ryck[3] scharf die exceptio non adimpleti contractus von der Einrede, welche auf Grund bereits geschehener Kontraktsleistung wegen Mängel oder Nichtvorhandenseins zugesicherter Eigenschaften geltend gemacht werde. Er begeht hierbei den Fehler,

1) v. Vangerow, Bd. III, § 607, Anm. 4, S. 306, 307.

2) Sintenis, S. 290.

3) Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem edutschen Recht, IV, S. 323 ff.

diese Einrede als exceptio non rite adimpleti contractus zu bezeichnen; dass dieser Begriff der Berechtigung entbehrt, ist schon von Puchta bewiesen.

Windscheid[1] steht in soweit auf dem Puchta'schen Standpunkt, als auch er eine Trennung der beiden Einreden verwirft. In der Regel hat der Kläger die gehörige Erfüllung zu beweisen, der Beklagte nur dann die nicht gehörige, wenn er die Leistung des Klägers als Erfüllung anerkannt hat. Durch die stillschweigende oder gar ausdrückliche Anerkennung der gegnerischen Leistung verzichtet er freilich nicht auf das Recht, die Mangelhaftigkeit der Leistung zu rügen. Es schafft jedoch die Anerkennung der gegnerischen Leistung eine Vermutung für den Verzicht seines Rügerechtes Diese Vermutung muss er durch Gegenbeweis entkräften.

Diese Streitfrage ist im gemeinen Recht nie endgültig entschieden worden, indem es im Einzelfall dem Gerichte überlassen blieb, sich für eine der Meinungen zu entscheiden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat Klarheiten geschaffen, indem es sich auf den Standpunkt der Windscheid'schen Theorie stellt. Denn erstens ist der Begriff einer Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd, da derselbe an keiner Stelle Erwähnung findet, und zweitens hat der Gesetzgeber in § 363 die Beweislast im Windscheid'schen Sinne geregelt: „Hat der

1) Windscheid, II, § 321, S. 298, Anm. 5 und 6.

Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung, oder weil sie unvollständig gewesen sei."

Was die Beweislast betrifft, so stand der erste Entwurf auf dem Puchta'schen Standpunkt. Nach § 367, Satz 1 konnte der Vertragschliessende, wenn er die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hatte, auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung nur noch die ihm sonst zustehenden Ansprüche geltend machen, nicht dagegen wegen Nichterfüllung des Vertrages die Leistung verweigern. Nach den Protokollen[1] wurde jedoch § 367 von der Kommission gestrichen mit der Begründung, dass kein Anlass bestehe, dem Gläubiger das Recht zu versagen, den Umtausch der als Erfüllung angenommenen Leistung mit der exceptio non adimpleti contractus zu erzwingen. Nur die Beweislast ändert sich nach § 363 BGB. Während sonst der Beklagte seine Leistung verweigern kann, bis der Kläger Erfüllung seinerseits bewiesen hat, muss der Beklagte, der die Leistung des Klägers ohne Vorbehalt als Erfüllung angenommen hat, die Mangelhaftigkeit der Leistung beweisen. Ebenso trifft ihn die Beweislast, wenn der Beklagte im Falle Fehlens von zugesicherten Eigenschaften, falls nachträgliche Herstellung dieser Eigenschaften möglich ist,

1) Protokolle, Bd. I, S. 637.

die Einrede geltend macht.[1] An die Stelle der Einrede des nicht erfüllten Vertrages tritt die Wandlungs- oder die Minderungsklage,[2] falls es sich um Mängel handelt, welche der Verkäufer nach den §§ 459—461 zu vertreten hat.

Die Beweislast bleibt unverändert. Unter welchen Umständen der Beklagte die Leistung „angenommen" hat, demnach der Kläger des Beweises enthoben ist, muss, da das Gesetz keine Auskunft erteilt, der Entscheidung des Richters im Einzelfalle unter Berücksichtigung der Verkehrssitte überlassen bleiben.[3] Jedenfalls knüpft sich an eine vorbehaltlose Annahme nicht unbedingt die Vermutung für eine „Annahme als Erfüllung",[4] vielmehr ist die Absicht des Empfängers entscheidend, welche allerdings nur in den seltensten Fällen offenkundig erklärt wird.

Als Regel liesse sich anführen, dass im allgemeinen blosse Entgegennahme nicht ausreicht,[5] jedenfalls dann keine Annahme vorliegt, wenn der Beklagte die Leistung zwar entgegennimmt, aber ihre Fehlerhaftigkeit und Mangelhaftigkeit in gehöriger Weise rügt Ein Massstab im gewissen Sinne liesse sich nach Schollmeyer[6] aufstellen. „Es ist die

---

1) Planck, § 363, Anm. 3, S. 143.

2) § 462 BGB.

3) Planck, § 363, Anm. 1; Staudinger, § 363, Anm. 3; Schollmeyer, § 363, Anm. 2; Enneccerus-Lehmann. § 182. Anm. 5 S. 448.

4) Protokolle, Bd. 1, S. 637.

5) Schollmeyer, § 363, Anm. 2; Dernburg, II, S. 257—258, § 115.

6) Schollmeyer, S. 280, § 363, No 2.

erkennbare Willensrichtung des Gläubigers, dass er in der ihm als Erfüllung angebotenen Leistung die ihm geschuldete Leistung erblickt." Diese Willensrichtung kann ausdrücklich erklärt sein oder sich aus den Umständen ergeben. So würde z. B. nach Dernburg[1] die blosse Annahme zugesendeter Waren in der Regel noch nicht ausreichen, „wohl aber wird vorbehaltlose schriftliche Empfangsanzeige, längeres Behalten der Ware ohne Rüge, sowie Verfügung über die Ware das Anerkennen des richtigen Empfanges in sich schliessen.[2]

§ 17.

2. Die materiellrechtlichen Wirkungen.

Die Wirkungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sind dieselben, wie beim Retentionsrecht.[3] Es steht im Belieben des Klägers, ob er auf Leistung gegen Gegenleistung klagen will, oder auf Leistung schlechthin.[4]

Vor allem ist unsere Einrede dilatorischer, nicht peremptorischer Natur, d. h. sie führt nicht die Abweisung der Klage, sondern nur eine zeitweilige Hemmung des klägerischen Vorgehens herbei. Dass im ältesten römischen Prozess vermittelst der Einrede die Abweisung der Klage herbeigeführt wurde, dass ferner trotz verschiedentlichen Widerspruchs all-

1) Dernburg, II, S 258.
2) Oertmann, § 363, Anm. 1.
3) S. oben § 8.
4) Schollmeyer, S. 193, § 322, Anm. 1; Planck, § 322 Anm. 1, S. 95.

mählich für das spätere gemeine Recht die Ansicht zur allgemeinen Anerkennung gelangte, dass der Beklagte, der den klägerischen Anspruch gar nicht leugnete, verurteilt wurde unter der Bedingung, dass der Kläger seinen Anspruch befriedigte, ist an entsprechender Stelle bei Gelegenheit der Darstellung des Retentionsrechtes gezeigt worden.[1] Verweigert der Beklagte vermittelst der Einrede des nicht erfüllten Vertrages seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung, so erzielt er nach § 322 Abs. 1 Verurteilung auf Leistung Zug um Zug, es sei denn, dass der Kläger Erfüllung seinerseits oder Vorleistungspflicht des Gegners nachweist. Gelingt ihm dieses nicht, so tritt Verurteilung Zug um Zug unmittelbar ein, ohne dass er seinen unbedingten Antrag in einen bedingten umwandeln müsste.[2] Die praktische Bedeutung der Zulassung der Klage auf Leistung schlechthin zeigt sich einerseits darin, dass auf Antrag des Klägers ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergehen muss,[3] andererseits darin, dass der Kläger den Urkundenprozess wählen kann, auch wenn er Erfüllung seinerseits oder Bereitschaft zur Erfüllung nicht durch Urkunden beweisen kann.[4] „Wollte er aber gegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages replizieren, er habe schon erfüllt, so könnte er sich dafür auch des Beweismittels der Eideszuschiebung bedienen".[5]

1) S. oben § 8.

2) Oertmann, § 322, Anm. 2, S. 69.

3) Schollmeyer, § 322, S. 193; Planck, § 322, Anm. 1, S. 96; Dernburg, § 93, S. 203.

4) § 592 CPO.

5) § 595 CPO.; Schollmeyer, § 322, Anm. 1, S. 193.

Dass dem Kläger ohne Nachweis der Leistung oder Angebots derselben nach erfolgter Verurteilung Zug um Zug ein vollstreckbarer Titel zusteht, ist schon an ensprechender Stelle beim Retentionsrecht gezeigt worden.

Während bei Annahmeverzug des Beklagten die herrschende Lehre des gemeinen Rechts [1] dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages versagte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch in entgegengesetztem Sinne entschieden. Hier kann der Beklagte trotz Annahmeverzugs die Einrede vorschützen und hierdurch Verurteilung Zug um Zug herbeiführen. [2] Durch den Verzug verliert er keineswegs den Anspruch auf die Gegenleistung, nur die Verurteilung der Prozesskosten sowie die Haftung verschiebt sich zu Gunsten des Klägers. [3] Das einzige Mittel, die Einrede zu beseitigen, ist Hinterlegung der geschuldeten Sache, auf welche der Kläger den Beklagten verweisen kann. [4] Was endlich die Beweislast angeht, so ist dieselbe an entsprechender Stelle [5] eingehend berücksichtigt worden.

Ist eine der beiden Parteien vorleistungspflichtig, so ist ihr nach § 320, Abs 1 die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages versagt. Da diese Bestimmung im täglichen Leben oftmals zu Ungerechtigkeiten

1) Andrée, S. 140 ff.

2) Motive, Bd. II, S. 201; Dernburg, II, § 94, S. 204 Oertmann, § 320, Anm. 6, S. 68; Schollmeyer, § 320, Anm 1, S. 187.

3) BGB. § 300; Oertmann, S 68, § 320, Anm. 6.

4) Oertmann a. a. O.

5) S. oben § 16.

führen wird, so hat der Gesetzgeber diese Unbilligkeit durch Einfügen des § 320 beseitigt. Ist nämlich

1. in den Vermögensverhältnissen des Klägers eine Verschlechterung eingetreten, welche
2. wesentlich und
3. erst nach Abschluss des Vertrages entstanden ist, durch welche
4. der Gegenanspruch des Beklagten gefährdet wird, — so kann dieser die ihm obliegende Leistung verweigern bis zur Bewirkung der Gegenleistung oder Sicherheitsstellung seitens des Klägers. Dieses Verweigerungsrecht ist aber keineswegs identisch mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages. Diese stützt sich auf die synnallagmatische Natur des gegenseitigen Vertrages, jenes auf die nachträglich eingetretene Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Klägers.[1] Es wäre unkorrekt, von einem Wiederaufleben der Einrede des nichterfüllten Vertrages zu sprechen, hat dieselbe doch in Anbetracht der Vorleistungspflicht überhaupt niemals bestanden. Vielmehr ist die Absicht des Gesetzgebers gewesen, in § 321 eine selbständige soziale Schutzvorschrift zugunsten des Vorleistungspflichtigen zu schaffen. Aus diesem Zweck erklärt sich, dass dem Kläger gestattet ist, durch Sicherheitsleistung das Verweigerungsrecht des Vorleistungspflichtigen zu beseitigen, und zwar durch Sicherheitsstellung jeder Art, auch durch Bürgen gemäss §§ 232 ff.[2]

Mit der clausula rebus sic stantibus des gemeinen

1) Schollmeyer, § 321, Anm. 2, S. 192.
2) Schollmeyer, S. 192; Planck, § 321, S. 95; Oertmann, S. 69

Rechts ist das Verweigerungsrecht aus § 321 nicht identisch. Während dieses zu einstweiliger Verweigerung der Leistung berechtigt, berechtigt jenes zum Rücktritt vom Vertrage.

War der Vermögensstand des Klägers schon bei Abschluss des Vertrages ein derartig schlechter, dass der Anspruch auf die Leistung desselben gefährdet erscheint, so wird auch bei entschuldbarem Irrtum das Verweigerungsrecht aus § 321 nicht gewährt.[1] Unbenommen bleibt dem Vorleistungspflichtigen das Recht der Anfechtung aus § 123 wegen arglistiger Täuschung.[2]

Ist der Kläger vorleistungspflichtig, so lassen sich drei Fälle unterscheiden:

1. Die Leistung des Beklagten ist noch nicht fällig. Dann ist der Kläger abzuweisen, da er vorläufig noch kein Recht auf die Gegenleistung hat;[3] eine Verurteilung Zug um Zug würde dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien geradezu widersprechen.

2. Die Leistung des Beklagten ist mittlerweile fällig geworden; der vorleistungspflichtige Kläger kann Verurteilung auf Leistung Zug um Zug verlangen.

3. Hat der vorleistungspflichtige Kläger seine Leistung ordnungsmässig angeboten und kommt der Schuldner durch die Nichtannahme in Annahme-

---

1) Endemann, § 125, S. 704.

2) Schollmeyer, § 321, Ia, S. 191; Planck, § 321, S. 95; Scherer, § 321, S. 161; Staudinger, § 321, S. 72; Oertmann, § 321, S. 69.

3) Stammmler, S. 100; Matthiass, S. 353; Schollmeyer, § 322, S. 194, No. 2.

verzug, so kann er nach § 322, Abs. 2 seine Klage auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung richten. „Verweigert der Beklagte die Leistung, weil Kläger nicht vorgeleistet habe, so repliziert letzterer den Annahmeverzug; die Verurteilung lautet auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung.“[1]

Übrigens ist es für den Kläger belanglos, ob er auf Leistung schlechthin seine Klage richtet, oder ob er den Annahmeverzug des Beklagten bereits als Klagegrund anführt. Er kann auch in diesem Falle in gleicher Weise, wie im Falle des § 322, Abs. 1 nicht abgewiesen werden.[2]

Da nach § 322, Abs. 3 die Bestimmungen des § 274, Abs. 2 auf unseren Fall Anwendung finden, so kann auch hier der Kläger, wenn er den Beklagten in Verzug gesetzt hat, die Zwangsvollstreckung betreiben.[3]

Bei Verträgen zugunsten Dritter steht auf Grund von § 334 die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach Massgabe der §§ 320—322 dem Dritten in gleicher Weise zu.[4] Es würde jeder Begründung entbehren, wollte man den Dritten mit seiner Klage abweisen, wenn auch in der Regel bei Verurteilung Zug um Zug der Beklagte nur gegen Leistung des Klägers zu leisten braucht. Es besteht aber eine Verpflichtung des Dritten zur Leistung nicht, vielmehr

---

1) Schollmeyer, S. 195.

2) Oertmann, S. 69, § 322; Schollmeyer, § 322, S 195; Enneccerus-Lehmann, S. 449, § 182.

3) Oertmann, S. 70, Anm. 5, § 322.

4) Planck, S. 112, § 334, Anm. 2; Oertmann, § 334, S. 79, Anm. 1; Staudinger, § 334, Anm. 3b, S. 84.

muss der Beklagte auch gegen Leistung seitens des Versprechensempfängers seinerseits seiner Leistungspflicht genügen. Allerdings wird der Dritte nur dann befriedigt, wenn er den Versprechensempfänger zur Leistung veranlasst oder selbst die Leistung bewirkt.[1]

§ 18.

3. Die Wirkungen im Konkurs.

Im Konkurs behält die Einrede des nichterfüllten Vertrages ihre volle Wirksamkeit. Sie kann nach § 15 (§ 17 der neuen) Konkursverordnung dem Konkursverwalter stets dann entgegengesetzt werden, wenn dieser an Stelle des Gemeinschuldners Erfüllung verlangt. An sich hat der Konkursverwalter das Wahlrecht, ob er erfüllen will oder nicht.

Lehnt er Erfüllung ab, so wirkt die Entscheidung auch gegenüber dem Gemeinschuldner, insofern, als dieser jetzt nicht mehr auf Erfüllung bestehen kann.

Die Nichterfüllung hebt jedoch den Vertrag nicht auf, vielmehr kann nach § 21 (§ 26 der neuen) Konkursordnung

1. der Gläubiger Leistungen, welche er an den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung gemacht hat, nicht zurückfordern;

2. der Gläubiger eine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Aufhebung des Vertrages nur als Konkursgläubiger geltend machen.

Wählt dagegen der Verwalter die Erfüllung, so

1) Planck, S. 113, § 334, Anm. 2.

bleibt der gegenseitige Vertrag in seiner ganzen Wirkung bestehen, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages kann geltend gemacht werden.

§ 19.

III. Die Ausschliessung der Einrede.

Die Ausschliessungsgründe haben fast ausnahmslos keine Geltung für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Weder eine Ausschliessung auf Grund bösgläubigen Besitzes, noch auf Grund einzelner gesetzlicher Bestimmungen kommt für unsere Einrede in Betracht.

Dass auch Teilleistung die Geltendmachung der Einrede nicht beeinflusst, wird in § 320, Satz 2 wenigstens insofern bestätigt, als hier „dem Einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden" kann. Da diese Vorschrift jedoch unter Umständen zu einem unbilligen Ergebnis führen wird, so ist die allgemeine Regel des § 320, Abs. 1 durch die Ausnahmevorschrift des § 320, Abs. 2 durchbrochen, indem bei teilweiser Leistung des Klägers die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden kann, „als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstossen würde". Nach Planck[1] ist unter „ist teilweise geleistet" nicht nur quantitativ unvollständige,

1) Planck, § 320, Abs. 4, S. 93; ebenso Oertmann, § 320, 7b, S. 68; Schollmeyer, § 320, Abs. 3, S. 189.

sondern auch qualitativ mangelhafte Leistung zu verstehen. In letzterem Falle muss selbstverständlich eine Beseitigung der Mängel resp. eine Vervollständigung der Leistung möglich sein. Wann die Umstände eine Verweigerung der Leistung ausschliessen, ist vom Gesetz[1] an dem Beispiel erläutert „insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles".[2] Auf diese Fälle bleibt jedoch die Vorschrift des § 320 Abs. 5 keineswegs beschränkt, vielmehr hat der Richter nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden, ob die teilweise Bewirkung der Leistung dem böswilligen oder fahrlässigen Verhalten des Klägers zuzuschreiben ist, oder sich als Folge unverschuldeten vorübergehenden Leistungsunvermögens herausstellt. In letzterem Falle würde auch bei erheblicher Rückständigkeit der Leistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausgeschlossen sein.[3]

Liegt einer der Fälle des § 320 Abs. 1 vor, so ist der Beklagte nicht verpflichtet, die ganze Leistung zu bewirken, sondern nur einen der gegnerischen Leistung entsprechenden Teil. Dieses folgt einerseits unmittelbar aus den Grundsätzen der Billigkeit, andererseits im besonderen aus dem Wortlaut des § 320 Abs. 2: als die Gegenleistung nur „insoweit nicht verweigert werden kann".

---

1) § 320, Abs. 2, BGB.
2) Oertmann, § 320, 7b, S. 68.
3) Planck, § 320, Abs. 4, S. 94.

§ 20.

IV. Die Abwendung der Einrede durch Sicherheitsleistung.

In Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht kann auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Geltendmachung der Einrede durch Sicherheitsleistung gemäss § 320 Satz 3 nicht abgewendet werden. Diese Bestimmung entspricht durchaus der Billigkeit, da jede Partei auf Grund des gegenseitigen Vertrages die Gegenleistung zu fordern berechtigt ist und durch Sicherheitsleistung keinesfalls so vollständig befriedigt wird, als wenn sie Zug um Zug die Leistung erhielte.

§ 21.

V. Die Beendigung der Einrede.

Bezüglich der Erlöschungsgründe entfällt naturgemäss mit dem Fortfall einer der beiden Forderungen auch die Geltendmachung der Einrede.

Während Cession einer Forderung die Geltendmachung der Einrede nicht beendigt, da die synallagmatische Natur des Vertrages unangetastet bleibt, ist ein Verzicht begrifflich wohl denkbar und würde bei Klage des Gegners auf Leistung schlechthin die Verurteilung des Beklagten zur Folge haben. Nimmt der Beklagte die mangelhafte oder fehlerhafte Leistung an, so wird hierin nur dann ein stillschweigender Verzicht zu erkennen sein, wenn er die Leistung im Sinne des § 363 „annimmt“ und sich hierdurch in die nachteilige Lage versetzt, seine Ansprüche aus

der Fehlerhaftigkeit der Leistung mit selbständiger Klage geltend machen zu müssen.

Im Konkurs bleibt im Gegensatz zum Retentionsrecht die Wirksamkeit der Einrede unbeeinflusst.[1]

Was die Verjährung unserer Einrede betrifft, so sind im allgemeinen Einreden der Verjährung nicht unterworfen, da die Geltendmachung der Einrede nicht von dem freien Willen des Berechtigten abhängt, sondern von der Klageerhebung seitens des Gegners.[2] Einreden können daher nur in der Weise durch Verjährung beseitigt werden, dass der obligatorische Anspruch, auf dem sie beruhen, durch Verjährung untergeht. Hat aber die Einrede, wie in unserem Falle, eine selbständige Existenz neben dem obligatorischen Anspruch, „so wird sie natürlich von der Verjährung der Obligation nicht berührt".[3] Unsere Einrede „gründet sich nicht darauf, dass der Gegner seinerseits leisten müsse, sondern darauf, dass er gegen die Absicht des Vertrages verstosse, wenn er fordere, ohne seinerseits zu leisten".[4] Zu demselben Resultat gelangen die Motive,[5] indem sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in § 364 des I. Entwurfs zu den selbständen Einreden rechnen. Der § 364 ist aber unverändert vom Bürgerlichen Gesetzbuch[6] übernommen worden. Wir gelangen zu dem Resultat, dass auch im bürgerlichen Recht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht verjährt.

1) S. oben §. 18.
2) Windscheid, I, § 112, S. 320.
3) Windscheid a. a. O.; Andrée, S. 132, 133.
4) Windscheid, I, § 112, Anm. 8.
5) Motive, Bd. I, S. 291 ff.
6) BGB. § 320, Abs. 1.

§ 22.

C. Vergleich des Technischen Zurückbehaltungsrechtes mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Bei einer Gegenüberstellung des technischen Retentionsrechtes und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zeigt sich sofort, dass beide Einreden bezüglich Voraussetzungen, Geltendmachung und Wirkungen die grösste Ähnlichkeit aufweisen.

Unterschiede.

Dennoch unterscheiden sie sich nicht unwesentlich von einander, und zwar in folgenden Punkten:

Das Zurückbehaltungsrecht kann nach § 273 Abs. 3 durch Sicherheitsleistung abgewendet werden, während auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 Satz 3 die Bestimmung des § 273 Abs. 3 keine Anwendung findet. Das Zurückbehaltungsrecht dient vornehmlich zur Sicherung der Forderung des Retinenten,[1] er muss sich daher abgesehen von der Sicherheitsleistung durch Bürgen mit jeder anderen begnügen. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verfolgt zwar gleichfalls den Zweck der Sicherung, jedoch soll sie vornehmlich dazu dienen, das Recht auf wechselseitige Leistung zur Geltung zu bringen,[2] und gleichzeitig stehen Leistung und Gegenleistung in einem solchen Zu-

1) Planck, S. 45.
2) Schollmeyer, S. 188, Anm. 1.

sammenhang, dass in dem Verlangen der Vorleistung auf einer Seite eine erhebliche Unbilligkeit liegen würde.

Während ferner bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch § 320 Abs. 3 ausdrücklich die Verweigerung der Gegenleistung insoweit ausgeschlossen ist, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstossen würde, ist für das Zurückbehaltungsrecht im § 273 und § 274 keine entsprechende Vorschrift getroffen worden. Bei Teilleistung des Gegners bleibt die Retentionsbefugnis ungeschmälert bestehen, soweit ihre Ausübung nicht der Chikane dient.

Die Bestimmung des § 322 Abs. 2, dass der klagende Vorleistungspflichtige bei Annahmeverzug des Gegners auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen kann, findet nur auf die gegenseitigen Verträge Anwendung, sie ist nicht auf das Retentionsrecht ausgedehnt werden.[1] Es lässt sich vielleicht mit Recht der Einwurf machen, dass die Nichtanwendung des § 322 Abs. 2 auf das Zurückbehaltungsrecht aus der Unmöglichkeit seiner Anwendung von selbst hervorgehe. Dennoch hat man bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches seine Anwendung für möglich gehalten und tatsächlich enthielt der I. Entwurf[2] in § 365 Abs. 1 Satz 2 eine entsprechende Vorschrift, welche nach

1) S. Planck, S. 46, Anm. 4.
2) Planck, S. 46, Anm. 4.

§ 234 Satz 1 auf das technische Zurückbehaltungsrecht entsprechend Anwendung finden sollte, jedoch nahm die zweite Kommission eine § 322 Abs. 2 entsprechende Vorschrift nicht auf, sondern beschränkte sich auf § 274 Abs. 1.[1]

Als Beispiele führte der I. Entwurf die §§ 270, 301 (heute §§ 369, 403) an; jedoch erachtete die zweite Kommission die Bestimmung auch für diese Paragraphen für überflüssig, da man mit analoger Anwendung des § 365 (heute § 322 Abs. 2) ebenso gut zum Ziele käme.[2]

Im praktischen Leben seien solche Fälle wohl nur selten anzutreffen, wenn es freilich auch denkbar sei, „dass das Zurückbehaltungsrecht nach dem Inhalt eines bestimmten Schuldverhältnisses nur dem einen Teil zustehe, der andere Teil also zur Vorleistung verpflichtet sei".[3]

Die Verschiedenheiten im Konkurs äussern sich darin, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrages dem Konkursverwalter entgegengesetzt werden kann, wenn dieser auf Erfüllung des Vertrages besteht, während die Retentionseinrede in der Regel nur dann Platz greift, wenn der Retinent eine Sache zurückbehält, auf welche er Aufwendungen gemacht hat, oder welche garnicht im Eigentum des Gemeinschuldners stehen.

Was die Beweislast betrifft, so stellt sich diese für den Retinenten entschieden ungünstiger als für

1) Planck, S. 46, Anm. 4, § 274.
2) Planck, a. a. O.
3) siehe bei Planck, a. a. O.

denjenigen, welcher die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend macht.

Ersterer hat Existenz, Fälligkeit, Höhe, Beschaffenheit seines Anspruchs sowie Konnexität zu beweisen, letzterer wird in der Regel von der Beweislast befreit, da die Erfordernisse, welche der Retinent zu beweisen hat, sich unmittelbar aus der Natur des gegenseitigen Vertrages ergeben oder vom Gegner bewiesen werden müssen.

Der Rechtsgrund für das Retentionsrecht ist die Konnexität, d. h. „die beiden Forderungen müssen einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, welche nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden".[1]

Bei den gegenseitigen Verträgen findet das Recht des Schuldners, die Leistung zu verweigern, „die feste rechtliche Grundlage und Begrenzung durch den inneren notwendigen Zusammenhang der beiden auf Austausch gerichteten obligatorischen Versprechen".[2]

§ 23.

II. Das rechtliche Verhältnis der beiden Einreden zu einander.

Die kurze Übersicht mag genügen, um uns ein Bild zu verschaffen, inwieweit die beiden Begriffe übereinstimmen, inwieweit sie auseinander gehen. Wir sind nunmehr in der Lage, die Schlüsse auf das Verhältnis der beiden Begriffe zu ziehen.

1) Goldschmidt, S. 974.
2) Endemann, S. 539.

Von den Schriftstellern[1] des gemeinen Rechts wurde fast ausnahmslos die Ansicht vertreten, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur einen der vielen Anwendungsfälle des Retentionsrechtes bilde, und dass die vorhandenen Abweichungen eine Trennung zweier so ähnlicher Institute nicht rechtfertigten.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch gehen die Ansichten auseinander.

Zum grossen Teil wird die Theorie des gemeinen Rechts auch auf das Bürgerliche Gesetzbuch übertragen und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als eine Unterart des Retentionsrechtes bezeichnet.[2]

Andere sehen in der Einrede etwas dem Rententionsrecht verwandtes, eine Abart oder Nebenart.[3]

Eine dritte Ansicht[4] geht dahin, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ein selbständiges, neben dem technischen Retentionsrecht stehendes Recht ist, welches zwar viele gemeinsame Eigenschaften aufweist, dennoch durch so viele Verschiedenheiten von dem Retentionsrecht getrennt wird, dass die Verbindung zu einem einheitlichen Begriff nicht zulässig ist".

---

1) Schenck, S. 41.

2) Planck, § 273, Anm. 1a; Stammler, S. 102; Oertmann, § 273, Anm. 1a; Cosack, § 86, S. 307; Enneccerus-Lehmann, S. 429, § 174, Anm. 1; Meissner, § 320, Abs. 4, S. 47.

3) Dernburg, S. 203, § 93; Endemann, S. 539, § 125.

4) Crome, I, S. 547, § 124; Schollmeyer, S. 188, § 320, Anm. 1; Matthiass, S. 351; Krückmann, S. 185, § 50, Abs. 3; Kuhlenbeck, S. 220, § 320, Anm. 1.

Wenn auch die meisten Schriftsteller sich für eine der drei genannten Ansichten entscheiden, so halten sie doch anscheinend die Frage für praktisch zu unbedeutend, um ihren Standpunkt auch nur im geringsten zu begründen.

Da m. E. die Frage theoretisch von Interesse ist, so halte ich es durchaus für angebracht, den in dieser Arbeit eingenommenen Standpunkt kurz zu begründen.

Als die richtige Auffassung muss die dritte bezeichnet werden, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Trotz der vielen gemeinschaftlichen Momente weisen die im vorigen Abschnitt erörterten Unterschiede auf eine Trennung der beiden Begriffe hin.
2. Die Motive bringen auf S. 40 in Verbindung mit S. 202 Anm. 1 die Verschiedenheit der beiden Begriffe zum Ausdruck.
3. In den §§ 320 und 322 wird ausdrücklich das Wort „verweigern", nicht „zurückhalten" gebraucht, da letzteres nach den Motiven[1] gegenüber dem für die technischen Fälle gebrauchte Wort: „Zurückbehaltungsrecht" zu Verwirrungen führen könnte.
4. In § 202 werden vom Gesetzgeber beide Einreden nebeneinander erwähnt, eine Tatsache, welche unleugbar für die Existenz zweier verschiedener Begriffe spricht.

---

1) Motive, S. 202, Anm. 1.

Das Schwergewicht der angeführten Gründe führt uns zu dem Endresultat, dass zwar die Einrede des nicht erfüllten Vertrages dem technischen Zurückbehaltungsrecht nicht gänzlich fern steht, trotzdem aber einen selbständigen Platz neben dem technischen Zurückbehaltungsrecht in Anspruch nehmen kann.